



Roj: **SAN 2258/2024 - ECLI:ES:AN:2024:2258**

Id Cendoj: **28079230062024100255**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/04/2024**

Nº de Recurso: **913/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso: 0000913 /2019**

**Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General: 6836/2019**

**Demandante: ELECTRÉN, S.A., (ELECTRÉN)**

**Procurador: D. ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ**

**Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA**

**Codemandado: ADIF , ALSTOM**

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D<sup>a</sup>. MARIA JESUS VEGAS TORRES

Madrid, a veinticuatro de abril de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 913/19 promovido por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez en nombre y representación de **ELECTRÉN, S.A., (ELECTRÉN)** contra la resolución de 14 de marzo de 2019, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÑICAS, mediante la cual se le impusieron dos sanciones de multa por importe de 2.281.178 y 905.229 de euros, respectivamente. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.**- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando "... dicte sentencia declarando la nulidad de la Resolución atendiendo a las siguientes consideraciones:

I.- Por constituir las inspecciones realizadas en las sedes de ALSTOM y ELEC NOR, en el mes de julio de 2016, inspecciones de carácter exploratorio o "fishing expeditions", infringiéndose los principios de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos ( artículo 9.3 CE ) y a la inviolabilidad del domicilio ( artículos 18 CE y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ), así como los derechos de defensa y de presunción de inocencia de COBRA ( artículo 24 CE ) y los artículos 27 Ley 3/2013 y 49 LDC (relativos, respectivamente, a las facultades de inspección de la CNMC y a la iniciación de los procedimientos sancionadores tramitados por ésta). En consecuencia, todas las actuaciones, pruebas o declaraciones posteriores a estas inspecciones que no tengan relación con el proyecto Follo Line, en particular, la segunda ronda de inspecciones llevadas a cabo en las sedes de COBRA, ELECTRÉN, SEMI y SIEMENS, así como las declaraciones posteriores de ALSTOM y SIEMENS en el contexto de sus solicitudes de clemencia, son también nulas de pleno Derecho en virtud de la doctrina de los frutos del árbol envenenado;

II.- Por haberse calificado, de forma contraria a Derecho, las supuestas conductas imputadas a ELECTRÉN como dos infracciones únicas y continuadas, infringiéndose el principio de legalidad consagrado por el artículo 25 CE ;

III.- Por imponerse sanciones a ELECTRÉN por hechos que habrían tenido lugar entre los meses de mayo de 2002 y de mayo de 2013, al encontrarse prescritas las supuestas infracciones, infringiéndose el artículo 68 de la LDC , así como los principios de legalidad y tutela judicial efectiva establecidos por los artículos 24 y 25 de la CE ;

IV.- Por sancionarse una serie de supuestos ilícitos posteriores al mes de mayo de 2013, que no han sido acreditados, infringiéndose los artículos 1 de la LDC y 101 TFUE , las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas, la presunción de inocencia y la interdicción de la arbitrariedad, reconocidas, entre otros, por los artículos 24 y 9 CE .

Subsidiariamente, que se declaren contrarias a Derecho las multas impuestas por la Resolución a ELECTRÉN, fijándose sus importes en un máximo de 456.777,26€ euros, atendiendo a las consideraciones contenidas en el FJM Sexto, al haber sido cuantificadas por la CNMC violando el artículo 64 de la LDC , el principio de proporcionalidad ( artículo 9 CE ) y el deber de motivación ( artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y artículo 24 CE )".

**SEGUNDO.**- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

**TERCERO.**- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 14 de febrero de 2024, en que tuvo lugar, prolongándose la deliberación a sucesivas sesiones.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 14 de marzo de 2019 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÑICAS, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"Primero. Declarar acreditadas las siguientes infracciones muy graves de los artículos 1 de la Ley 16/1989 y de la Ley 15/2007, y del artículo 101 del TFUE :

a) Una infracción constitutiva de cártel consistente en la adopción de acuerdos de reparto de contratos en el mercado para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, de la que son responsables, en los términos previstos en el fundamento cuarto de la presente resolución, las siguientes empresas:

(...)

- ELECTRÉN, S.A., y solidariamente a su matriz ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A.

(...)

b) Una infracción constitutiva de cártel consistente en la adopción de acuerdos de reparto de contratos en el mercado para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, de la que

son responsables, en los términos previstos en el fundamento cuarto de la presente resolución, las siguientes empresas:

(...)

- ELECTRÉN, S.A., y solidariamente a su matriz ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A.

(...)

Segundo. De conformidad con la responsabilidad de cada empresa en las infracciones a las que se refiere el resuelve anterior, procede imponer las siguientes sanciones:

a) En el cártel consistente en la adopción de acuerdos de repartos de contratos en el mercado para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad:

(...)

- ELECTRÉN, S.A.: 2.281.178 euros

(...)

b) En el cártel consistente en la adopción de acuerdos de repartos de contratos en el mercado para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional:

(...)

- ELECTRÉN, S.A.: 905.229 euros

(...)

Sétimo. De conformidad con el fundamento séptimo, remitir la presente resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los efectos oportunos.

Octavo. Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución".

Como antecedentes procedimentales de dicha resolución pueden destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1) El 4 de mayo de 2016 la empresa ALSTOM, S.A. presentó ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) una solicitud de exención del pago de la multa a los efectos del artículo 65 de la LDC o, en su caso, subsidiariamente, de reducción de su importe, a los efectos del artículo 66 de la citada Ley. Ponía en conocimiento de la CNMC la posible comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, y la solicitud de exención se refería a las eventuales sanciones derivadas del acuerdo para la manipulación y reparto de un proyecto de electrificación y electromecánica ferroviarios, denominado Follo Line, en el que habría participado una filial de ALSTOM, S.A. En la solicitud de exención, junto con la documentación presentada, se incorporaba información y elementos de prueba de la infracción.

2) A la vista de la información remitida, la DC inició una información reservada y, con fecha 1 de julio de 2016, concedió la exención condicional a ALSTOM, S.A. y sus filiales, en virtud del artículo 65.1.a) de la LDC, por haber sido la primera empresa en aportar elementos de prueba que posibilitaban la realización de una inspección en relación con la infracción comunicada.

3) Los días 11 a 13 de julio de 2016 la DC llevó a cabo inspecciones simultáneas en las sedes de ALSTOM y ELEC NOR, S.A. (ELEC NOR) y los días 18 a 20 de enero de 2017 en las sedes de COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A., (COBRA), ELECTRÉN S.A., (ELECTRÉN), SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MONTAJES, S.A. (SEMI) y SIEMENS, S.A. (SIEMENS).

4) A partir de la información obtenida en dichas inspecciones, y de la aportada por ALSTOM, la DC acordó con fecha 30 de mayo de 2017 la incoación del expediente NUM000 Electrificación y Electromecánica Ferroviarias, contra las empresas ALSTOM y su matriz ALSTOM, S.A., COBRA y su matriz ACS, COMSA y su matriz COMSA CORPORACION DE INFRAESTRUCTURAS, S.L., CITRACC y su matriz DELEJOR13, S.L.U., CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES, S.A. (CYMI) y su matriz ACS, COSEMEL; ELEC NOR; ELECTRÉN y su matriz ACS, EYM y su matriz OBRASCON HUARTE LAIN, S.A. (OHL), GRUPO ISOLUX CORSAN, S.A., INABENSA y su matriz ABENGOA, S.A., INDRA, SEMI y su matriz ACS, NEOPUL y su matriz SACYR,S.A., SIEMENS y su matriz SIEMENS, A.G., y TELICE y su matriz FUENTEBLANDOR HOLDING, S.L.

5) El 10 de noviembre de 2017 SIEMENS, S.A. presentó una solicitud de reducción del importe de la multa a los efectos del artículo 66 de la LDC, y en relación con las prácticas llevadas a cabo en el mercado español para la fabricación, instalación, suministro y mantenimiento de sistemas de electrificación ferroviarios.



6) Con fecha 21 de diciembre de 2017 la DC amplió el acuerdo de incoación a ISOLUX INGENIERÍA, S.A. y a quince directivos de empresas ya incoadas por su participación en las conductas investigadas en este expediente: directivos de ALSTOM: D. Torcuato, D. Remigio y D. Vicente; de COBRA: D. Victorino y D. Samuel; de CYMI: D. Jose Augusto; de ELECTRÉN: D. Jose Daniel y D. Carlos José; de SEMI: D. Carlos Alberto; de CITRACC: D. Carlos Francisco; de ELECNOR: D. Luis Carlos y D. Luis Francisco; de INABENSA: D. Luis Enrique; de INDRA: D. Jesús Luis y de SIEMENS: D. Juan Manuel.

7) Con fecha 26 de febrero de 2018 el Instructor formuló pliego de concreción de hechos conforme a lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. Pliego del que se dio oportuno traslado a las empresas y directivos interesados, quienes presentaron frente al mismo las alegaciones que tuvieron por conveniente.

8) Tras las actuaciones e incidencias que refleja el expediente administrativo, con fecha 19 de julio de 2018 se acordó el cierre de la fase de instrucción del procedimiento; y el 22 de agosto siguiente el Director de la Dirección de Competencia adoptó la propuesta de resolución, que fue elevada, junto con las alegaciones de las empresas y directivos, a la Sala de Competencia que acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE.

9) El 31 de enero de 2019 la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerir a las empresas el volumen de negocios correspondiente al año 2018, quedando suspendido el plazo máximo para resolver el procedimiento en aplicación del artículo 37.1 a) de la LDC; plazo que fue ampliado a solicitud de varios interesados por cinco días. Y, levantado que fue, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó la resolución que ahora se impugna el 14 de marzo de 2019.

**SEGUNDO.-** Al tratar de los hechos determinantes del acuerdo sancionador, y cuando alude a la cuestión relativa a las partes intervinientes, la resolución recurrida describe a ELECTRÉN, S.A., como una empresa con sede en Madrid cuy actividad se divide en tres líneas de negocio dedicadas al ámbito ferroviario: Construcción y mantenimiento de líneas aéreas de contacto; diseño, construcción y mantenimiento de subestaciones eléctricas y de sistemas de protección; control, construcción y mantenimiento de líneas de distribución de baja tensión. Pone de relieve también que, ante los indicios de su probable participación en las conductas investigadas, se amplió la incoación contra D. Jose Daniel, que fue Director General de ELECTRÉN y D. Carlos José, Director General de Producción.

Por lo que se refiere al mercado afectado, y tras describir el marco normativo, identifica el mercado de producto con el de la fabricación, suministro, instalación y/o mantenimiento y reparación de sistemas de electrificación -incluyendo líneas aéreas de contacto o catenarias, alimentación eléctrica, subestaciones eléctricas y otros componentes que aseguren el suministro eléctrico y su mantenimiento y de equipos electromecánicos de líneas ferroviarias de tren convencional y alta velocidad.

Hace diversas consideraciones acerca de cada uno de estos conceptos, de las características de las redes convencional y de alta velocidad, y de la definición que ha hecho de este tipo de mercados la Comisión Europea en diversas operaciones de concentración, para concluir que Sala de Competencia de la CNMC se muestra conforme con la Dirección de Competencia en la definición de los mercados afectados por las conductas objeto de análisis en el expediente en cuestión, en la que distingue, por un lado, mercados que afectan a trenes de alta velocidad y convencionales, y por otro lado a mercados que afectan a los sistemas de electrificación y equipos de electromecánica, de tal forma que los mercados así definidos serían los siguientes:

- 1) Mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional.
- 2) Construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad.
- 3) Construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad.

Desde el punto de vista de la demanda, destaca la posición de ADIF y la extensión de las líneas que gestiona tanto en red convencional como en Alta Velocidad; pone de relieve que las Comunidades Autónomas de Cataluña, Valencia, Andalucía y País Vasco han creado un órgano similar al gestor de infraestructuras para la construcción y gestión de nuevas infraestructuras de su competencia y, en algunos casos, también para la explotación; y que, además de las administraciones públicas, la demanda de este tipo de servicios también puede proceder de empresas privadas que han sido adjudicatarias de los contratos para la construcción de líneas de alta velocidad y requieren acudir a la subcontratación de otras empresas para acometer las obras y servicios relativos a los sistemas de electrificación y elementos electromecánicos.



En cuanto a la oferta, existirían más de veinte empresas activas en estos mercados, con expresa referencia a ALSTOM, SIEMENS, COBRA, ELECNOR, SEMI, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, EIFAGE, EYM, TELICE, VIMAC, S.A., FCC, SEI, NEOPUL, CYMI, ACCIONA, COMSA y CITRACC, todas ellas homologadas por ADIF.

Por último, y desde el punto de vista geográfico, el mercado afectado abarcaría todo el territorio nacional, si bien se cumpliría el criterio de afectación al comercio intracomunitario que determina la aplicación del artículo 101 del TFUE.

**TERCERO.**- Delimitado de este modo el mercado afectado, la CNMC aborda la relación de hechos acreditados mencionando las principales fuentes de información que le han permitido constatarlos, en particular la información aportada por ALSTOM y SIEMENS en sus solicitudes de exención y reducción, respectivamente, del pago de la multa, así como la información recabada por la Dirección de Competencia en las inspecciones realizadas y las contestaciones a los requerimientos de información efectuados a las empresas incoadas, a ADIF a la Secretaría General de Infraestructuras del Ministerio de Fomento y a la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía.

Sobre la base de dicha información, describe lo que califica como tres grandes bloques que relatan la existencia de acuerdos y contactos entre empresas competidoras en los mercados afectados:

- Hechos acreditados en relación con licitaciones públicas convocadas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional.
- Hechos acreditados en relación con licitaciones públicas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad.
- Hechos acreditados en relación con licitaciones públicas y privadas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad.

La adopción de acuerdos de reparto de contratos en cada uno de dichos bloques determina, según la resolución recurrida, la existencia de otras tantas infracciones constitutivas de cártel que la propia resolución define "... una infracción constitutiva de cártel consistente en la adopción de acuerdos de reparto de contratos en el mercado para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad...", y como "... una infracción constitutiva de cártel consistente en la adopción de acuerdos de reparto de contratos en el mercado para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional...", cada una de ellas merecedora de la sanción que especifica la misma resolución.

**CUARTO.**- En cuanto a los concretos motivos de impugnación que sustentan la extensísima demanda, se refiere ELECTRÉN en primer término a la "*Nulidad del procedimiento sancionador incoado contra cobra debido al carácter excesivamente amplio de las inspecciones en ALSTOM y ELECNOR*", inspecciones que califica de exploratorias, denunciando que no puede admitirse que la incautación del material recabado en dichas inspecciones pudiera ampararse bajo la doctrina del hallazgo casual.

Y de ello deduce también que "*... todas las actuaciones administrativas realizadas por la CNMC posteriores a las inspecciones exploratorias realizadas en ALSTOM y ELECNOR, que no tienen relación con el proyecto Follo Line, incluyendo las inspecciones realizadas en COBRA, ELECTRÉN, SEMI y SIEMENS, debieran declararse nulas, lo que debería determinar, por lo tanto, la nulidad de la Resolución impugnada*".

Afirma al respecto que "*... ha podido comprobar que la documentación incautada en las inspecciones no relacionada con el proyecto Follo Line (único indicio que la CNMC tenía, en su caso, hasta el momento) no es producto de un hallazgo casual. Por el contrario, el equipo inspector hizo uso de una lista de palabras de búsqueda o relación de "palabras significativas" en las primeras inspecciones realizadas entre las que se encontraban los nombres de otras empresas que nada tenían que ver con el citado proyecto Follo Line (entre ellas, ELECTRÉN)...*".

Para analizar esta cuestión debemos partir de la doctrina sobre el hallazgo casual elaborada por el Tribunal Supremo y de la que es reflejo la sentencia de 26 febrero 2019, recurso núm. 2593/2018, en las cual se hacen las consideraciones siguientes:

*"La jurisprudencia de esta Sala en relación con el "hallazgo casual" viene condensada en nuestra sentencia nº 790/2016, de 6 de abril de 2016 (casación 113/2013). Interesa reproducir aquí las consideraciones que expusimos en el F.J. 4º de la citada sentencia de 6 de abril de 2016, cuyo contenido, en lo que ahora interesa, es el siguiente (...)* CUARTO.- *Sobre el alcance de los hallazgos casuales en el ámbito sancionador administrativo.*

*Hemos de avanzar que, en lo sustancial, tiene razón el Abogado del Estado en cuanto al alcance del derecho a la inviolabilidad domiciliar respecto de una entrada y registro en la sede de una empresa y de la utilización del material obtenido. En el ámbito del derecho de la competencia, el órgano regulador (la Comisión Nacional de*



la Competencia en el caso de autos, en la actualidad la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) tiene la facultad, dentro de sus competencias inspectoras y con el correspondiente mandamiento judicial, de proceder a la entrada y registro de las sedes de las empresas investigadas, al objeto de recabar la documentación o material que puedan constituir prueba de actividades ilícitas. El alcance de la entrada y registro viene determinado por la autorización judicial, que por lo general se remite al objeto de la investigación propuesto por la Administración, aunque sin duda puede, de entenderlo pertinente, limitar o modificar dicho objeto.

(...)

En este sentido, lo que determina la regularidad del registro y la posibilidad de utilización del material incautado viene determinado, en primer lugar, por la conformidad a derecho de la entrada en el domicilio y, en segundo lugar, por el objeto y finalidad de la investigación y el correcto desarrollo de la actuación de registro. Así pues, si una entrada y registro están debidamente autorizados por el correspondiente mandamiento judicial y si el registro y la incautación de documentación se producen de forma adecuada y proporcionada al objeto de la entrada y de la investigación, el material obtenido casualmente y ajeno al objeto de la investigación puede ser legítimamente empleado para una actuación sancionadora respecto de una actividad ilegal distinta a la que determinó la autorización judicial de entrada y registro, en el supuesto de que dicho material sea indiciario de una tal actuación ilegal y siempre que el procedimiento seguido con el mismo tras su hallazgo sea a su vez procedimentalmente adecuado.

Lo anterior debe ser acompañado de alguna precisión. Por un lado, no puede admitirse con carácter general la prevención que formula el Abogado del Estado de que en la práctica resulta inviable circunscribir la recogida de material al objeto de la investigación. Antes al contrario, debe hacerse hincapié, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en que el desarrollo del registro debe tratar en todo momento de restringirse al objeto de la investigación autorizada, mediante la colaboración del personal de la empresa, si se presta a ello y, en todo caso, mediante una actuación proporcionada y encaminada a dicho objetivo. Ello no obsta, como es obvio, a que el registro y requisa de documentación se realice con toda la minuciosidad requerida, y no supone que sólo pueda ser intervenido el material previamente identificado o que en el propio momento del registro resulte plenamente acreditado que corresponde al objeto de la investigación, pues tal pretensión sí convertiría un registro en una actuación de muy compleja realización y probablemente ineficaz en numerosas ocasiones. Pero lo que sí se requiere es que el registro y requisa de documentos estén encaminados al objeto de la investigación y que se realicen de forma proporcionada, excluyendo requisas generales e indiscriminadas de material o de aquello que manifiestamente sea ajeno a la investigación.

(...)

Pero partiendo de una entrada y registro ajustada a derecho, esto es, autorizada judicialmente y realizada en términos proporcionales y adecuados, los datos o documentos que revelen o sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación pueden ser legítimamente empleados por la Administración en una ulterior actuación sancionadora. Y ello bien porque en el examen del material requisado se encuentre accidentalmente elementos que constituyan indicios de otras actuaciones irregulares -como ocurrió en el supuesto de autos-, bien porque en el propio registro -desarrollado en los términos adecuados que ya se han indicado- el personal investigador se encuentre con material que prima facie sea revelador de actuaciones ilícitas.

(...)

Digamos como conclusión, que la habilitación para la entrada y registro y la práctica del mismo en forma idónea y proporcionada, permite que un hallazgo casual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuación sancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitos comunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podrá ejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas. No ha habido, por consiguiente, lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio, como entendió la Sala de instancia, y se ha infringido el artículo 18.2 de la Constitución por aplicación indebida del mismo".

Esta doctrina que expusimos en sentencia nº 790/2016, de 6 de abril de 2016 (casación 113/2013, F.J. 4º) debe ser ahora reafirmada, pues no advertimos razones para matizarla y, menos aún, para corregirla".

(...)

QUINTO. La jurisprudencia de esta Sala sobre el hallazgo casual de material probatorio en inspecciones realizadas en virtud de órdenes de investigación dictadas con una finalidad distinta viene condensada en nuestra sentencia nº 790/2016, de 6 de abril de 2016 (casación 113/2013).



*Dicha sentencia establece, en síntesis, que, partiendo del supuesto de una entrada y registro ajustada a derecho y realizada en términos proporcionales y adecuados, los datos o documentos que revelen o sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación pueden ser legítimamente empleados por la Administración en una ulterior actuación sancionadora. Señala esa sentencia, en definitiva, "[...] que la habilitación para la entrada y registro y la práctica del mismo en forma idónea y proporcionada, permite que un hallazgo casual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuación sancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitos comunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podrá ejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas".*

Pues bien, en este caso es incontrovertido que la entrada y registro de las sedes de ALSTOM y de ELEC NOR contaba con la preceptiva autorización judicial, que fue precedida del dictado de la correspondiente orden de investigación.

No obstante, afirma ELECTRÉN que el objeto de la inspección resultaba excesivamente amplio y que la orden de investigación carecía del imprescindible grado de concreción teniendo en cuenta que los indicios de que disponía la CNMC no eran suficientes para realizar inspecciones en las sedes de ALSTOM y ELEC NOR que abarcaran la totalidad de los mercados de "fabricación y suministro de sistemas de electrificación y equipos electromecánicos ferroviarios" incluyendo "licitaciones convocadas por clientes públicos y privados", ni tampoco alcanzaban a otras empresas que las involucradas en el proyecto *Follo Line*.

Sin embargo, debe recordarse que las órdenes de 30 de junio de 2016 y los Autos de 5 y 6 de julio de 2016 indicaban que su objeto era "... verificar la existencia de actuaciones de la citada entidad en el mercado de la fabricación y el suministro de los sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias, que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), consistentes en la manipulación y el reparto de licitaciones convocadas por clientes públicos y privados para la fabricación y suministro de los sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica".

En el análisis que compete a esta Sala para determinar si la orden de investigación resultaba o no suficiente ha de comprobarse si, como advertíamos en la sentencia de 18 de julio de 2016, rec. 136/2014, la CNMC ha cumplido su obligación de indicar las hipótesis y presunciones que pretende comprobar.

Y para entender cumplida esta obligación, la orden deberá cumplir unos requisitos de doble naturaleza:

- a) Por una parte y desde un punto de vista formal, deberá completar las indicaciones previstas en el artículo 13.3 del RD 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento de Defensa de la Competencia, esto es: debe indicar el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma; y,
- b) La autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones ni obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la entonces Comisión Nacional de la Competencia.

También deberá indicar los recursos que procedan contra la misma.

Por otra parte, ya desde un plano material y para garantizar el derecho de oposición de la entidad investigada, deberá describir las características básicas de la infracción en cuestión identificando el mercado de referencia los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de las presuntas infracciones. En definitiva, la empresa investigada debe estar en posición de saber lo que se busca y los datos que deben ser verificados.

Sin embargo, de lo expuesto no se deduce que la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación.

No debe olvidarse que la finalidad de las inspecciones es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

En el presente supuesto, la orden especifica en primer lugar los mercados relacionados con las supuestas prácticas anticompetitivas que resultarían de la información que obraba en poder de la Dirección de Competencia, aludiendo así al mercado de la fabricación y el suministro de los sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias.



Precisa también las conductas anticompetitivas que podrían deducirse de la citada información, que no son todas las posibles del artículo 1, sino las que indica de manera concreta, consistentes en la manipulación y el reparto de licitaciones convocadas por clientes públicos y privados para la fabricación y suministro de los sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias por lo que puede deducirse con facilidad lo que la CNMC buscaba y los datos que deben ser verificados: rastros documentales probatorios de la existencia y ejecución de tales acuerdos, todo ello sobre la base de información indiciaria al respecto que la CNMC manifiesta poseer y que no está obligada a mostrar en esta fase del procedimiento.

Para valorar si con ello se satisfacen las exigencias de claridad y concisión a las que se condiciona la validez de la orden, es preciso partir de la interpretación que de esta cuestión ha hecho la jurisprudencia europea reflejada, entre otras, en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de marzo de 2007, France Télécom España, asunto T-339/04, en la cual precisa los conceptos jurídicos del objeto y finalidad de la inspección en los siguientes términos:

*"58 . La exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la inspección constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber,*

*qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec. pg. 3137, apartado 10; Hoechst/Comisión, citada en el apartado 57 supra, apartado 41, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartado 48)".*

A la vista de la doctrina fijada en la sentencia del TJUE de fecha 25 de Enero de 2007 (C-407/04 P; Dalmine SpA), entendemos que debe distinguirse entre la información que se facilita una vez iniciado el procedimiento sancionador y aquella que se facilita en supuestos de investigaciones preliminares o previas de dicho procedimiento sancionador, por cuanto, como señala dicha sentencia en su párrafo 60, *"Como el Tribunal de Primera Instancia declaró acertadamente en el apartado 83 de la sentencia recurrida, si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, como propone la recurrente, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas"*.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal General en la sentencia de 28 de abril de 2010, Asunto T-448/05, caso Amann & Söhne GmbH & Co. KG, en cuyo apartado 336.

Y también se ha pronunciado en parecidos términos el Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de octubre de 2017, recurso casación núm. 1062/2017, donde sostiene que *"... cabe coincidir con el Abogado del Estado en lo que se refiere a que en el control judicial de la solicitud de autorización de entrada es necesario que se tome en consideración el tipo de procedimiento en el que se inserta, siendo así que en los casos de investigaciones preliminares en las que se buscan elementos de información que aún no se conocen o no están plenamente identificados, no cabe exigir una información adicional o complementaria que, pudiendo ser propia de un procedimiento sancionador, no se encuentra disponible en una investigación preliminar. La exigencia de una información detallada y exhaustiva sería contraria al efecto útil de inspecciones como instrumento necesario para que la Comisión pudiera realizar sus funciones de velar por el respeto de las normas de competencia. Así pues, lo que resulta exigible en este tipo de procedimientos es que la información suministrada para la solicitud de entrada sea la precisa y necesaria para cumplir los requisitos legales y acreditar la procedencia y necesidad de la medida interesada que restringe el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE .Legislación citada CE art. 18 (...) No cabe extender a la investigación inicial o preliminar reservada las exigencias de información propias de los procedimientos sancionadores en los que la CNMC dispone de indicios y datos suficientes para apreciar la existencia de la infracción"*.

En consecuencia, el alcance de la obligación de motivar y de contener información más detallada *"depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado, así como del conjunto de normas jurídicas que regulan la materia"* (apartado 39 de la sentencia de 26 de octubre de 2010 del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto T-23/09 caso Conseil National de l'Prfre des Pharmaciens).



Por ello, y como decíamos, no es correcto sostener que la CNMC debe trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco que debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que están en su poder y planificar su actuación. No debe olvidarse que la finalidad de la inspección es conseguir pruebas, lo que significa que, a falta de estas, no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

Por tanto, la doctrina jurisprudencial expuesta es aplicable en el presente caso toda vez que la orden de investigación y la necesidad de la inspección y del registro domiciliario se realizó en el curso de una información previa y reservada al tener la CNMC conocimiento de la posible existencia de una infracción contraria a las normas de competencia. Ello determinó la orden de registro a fin de comprobar la veracidad de la información obtenida y justificar así, en su caso, la incoación del expediente sancionador.

Como señala la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 2010, asunto T-23/09, en el apartado 40: *"El Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36)".*

Teniendo presente que la orden impugnada se ha dictado apoyándose en la información y conocimiento obtenidos por la Dirección de Competencia en esa fase previa de investigación, es preciso matizar y relativizar la exigencia de una mayor concreción de los indicios con los que se contaba hasta entonces.

Al respecto, la Sala considera que la información reservada, cualquiera que sea su origen, afecta a la necesidad de preservar el efecto útil de la labor inspectora, lo que incide en el grado de concreción necesario en la Orden de Investigación. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de junio de 2014 establece que: *"si bien corresponde ciertamente a la Comisión indicar, con la mayor precisión posible qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación [...] no es, en cambio, indispensable hacer constar en una decisión de inspección una delimitación precisa del mercado relevante, la calificación jurídica exacta de las supuestas infracciones ni la indicación del período durante el que, en principio, se cometieron las mismas, siempre que esa decisión de inspección contenga los elementos esenciales [...]".*

En consecuencia, y con arreglo a esta doctrina, entendemos que resulta desproporcionado exigir que en la orden de investigación, dictada en una fase preliminar de la investigación, se recojan datos más específicos relativos a la participación y otros elementos de información -como los relacionados con la operativa, el grado de participación de la afectada, o posibles alternativas a la solicitud de entrada-, que no son propios de estos momentos iniciales o preliminares de la investigación en los que, precisamente, a través de la entrada en el domicilio social, se buscan elementos o datos que, o bien no se conocen, o bien no están suficientemente identificados en los documentos que conforman la información reservada, todo ello con la finalidad de poder determinar los hechos supuestamente contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia.

Concluimos por todo ello que, en este caso, la orden de investigación permitía identificar a la entidad afectada cuales eran los elementos esenciales de la investigación que exigían la entrada y registro en su sede, así como conocer con un grado de precisión suficiente el objeto y la finalidad de la inspección; no advirtiéndose tampoco, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, la posibilidad de recurrir a un medio menos agresivo para continuar con la investigación (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Asunto DOW CHEMICAL IBÉRICA, apartado 24).

Ratificada la legalidad y proporcionalidad de la entrada, amparada por una orden de investigación suficiente, la aplicación del criterio del Tribunal Supremo reflejado en la sentencia antes de transcrita de 26 febrero 2019, recurso núm. 2593/2018 acerca del valor del hallazgo casual ha de conducir a la desestimación de este motivo, enfatizando de dicha sentencia lo siguiente:

*"... la habilitación para la entrada y registro y la práctica del mismo en forma idónea y proporcionada, permite que un hallazgo casual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuación sancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitos comunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podrá ejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas. No ha habido, por consiguiente, lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio, como entendió la Sala de instancia, y se ha infringido el artículo 18.2 de la Constitución por aplicación indebida del mismo".*



**QUINTO.-** Sostiene además ELECTRÉN que se ha vulnerado su derecho a la defensa y se han infringido las garantías del procedimiento sancionador.

En cuanto a lo primero, cuestiona las pruebas utilizadas por la CNMC y supone que dichas pruebas resultan insuficientes para entender acreditada su participación en las conductas que se le imputan.

Como hemos visto, la resolución atribuye a ELECTRÉN la participación en dos infracciones constitutivas de cártel.

No obstante, antes de analizar si, en efecto, existe prueba de cargo suficiente frente a la entidad actora, debe hacerse una consideración sobre la sistemática de la resolución recurrida que, entendemos, tiene indudable relevancia sobre esta cuestión.

La resolución de 14 de marzo de 2019 rubrica su apartado IV como *HECHOS ACREDITADOS*, y en el mismo se relacionan los hechos acreditativos de los acuerdos de reparto de contratos que se sancionan, tanto los relativos a las líneas de tren convencional, como a las de alta velocidad.

Sin embargo, es lo cierto que la misma resolución acota dicha responsabilidad de manera expresa en el apartado 4.7 (que titula "*Responsabilidad individual de las empresas*") de sus *FUNDAMENTOS DE DERECHO*.

En ese apartado, respecto de la empresa actora y en cuanto a su participación en el cártel para el reparto de contratos de mantenimiento sistemas eléctricos en líneas de tren convencional, la resolución dice, literalmente, lo siguiente:

"b) *ELECTRÉN*

*Ha participado en este cártel desde mayo de 2002 hasta noviembre de 2016. ELECTRÉN, al igual que las anteriores empresas, consta en acuerdos de reparto de licitaciones prácticamente cada año desde el acuerdo de mayo de 2002 y en constantes intercambios de información entre competidores para la correcta ejecución de los acuerdos tal como reflejan los hechos 1 a 22, 27, 30, 35, 37, 40, 43, 45, 51, 52, 53, 54, 55 y 56 y el Anexo I".*

Hacemos esta precisión porque entendemos que la única prueba que cabe analizar para determinar si, ante la denuncia de ELECTRÉN, se ha acreditado suficientemente su participación en la comisión de las infracciones que se le atribuyen, es la que refleja dicho apartado.

Y ello porque ha sido la misma CNMC la que de manera explícita ha limitado la prueba de la intervención de la recurrente en los acuerdos de reparto de contratos a la que menciona en el apartado 4.7, y que relaciona con cada uno de los años que cita. Al margen entonces de que en el apartado *HECHOS ACREDITADOS* pudiera incluir otros que se refieran también a la conducta de ELECTRÉN.

Pues bien, en cuanto a la infracción consistente en la adopción de acuerdos de reparto de contratos en el mercado para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, señala la resolución lo siguiente:

*"Consta su participación en el cártel desde abril de 2008 hasta marzo de 2016. ELECTRÉN formó parte de los acuerdos de abril de 2008 para el reparto de varios contratos para la construcción y mantenimiento de sistemas de electrificación de distintos tramos de las diversas líneas de alta velocidad (hechos 73 a 88 y Anexo II). En el año 2010 continuó formando parte de los acuerdos para el reparto licitaciones en los citados años, a través de los denominados acuerdos MICRO- MACRO (hechos 89 a 114 y Anexo II). En relación con estos contratos en el año 2011 constan dos reuniones y contactos en los que participó ELECTRÉN para analizar la correcta ejecución de los acuerdos (hecho 111).*

*En los años 2013 y 2014 ELECTRÉN continuó participando en acuerdos de reparto de varios contratos en este mercado (para el año 2013 véanse los hechos 115 a 146 y Anexo II y para el año 2014 véanse los hechos 147 a 168 y Anexo II). Finalmente, como miembro de la UTE AVE ENERGÍA, a partir del año 2015 formó parte de los acuerdos para el reparto de varios contratos entre las empresas integrantes de la citada UTE, utilizando los recursos de la misma para la presentación de ofertas a estas licitaciones (hechos 169 a 191 y Anexo II). En marzo de 2016, los socios de la UTE AVE ENERGÍA se repartieron la obra del Telemando de seccionadores para talleres (hecho 191)".*

La constatación de tales hechos, que resulta de los documentos del expediente que la misma resolución indica de manera pormenorizada, evidencia que dicha participación se produjo en efecto.

Es expresivo, desde luego, el acuerdo "AVE ADIF" de 7 de abril de 2008, recabado en la inspección de ELECTRÉN que obra a los folios 18869 a 18870, en el que las empresas firmantes acuerdan repartirse las licitaciones a las que se refiere. Se incluye en el contenido del acuerdo lo siguiente:



"1. *Compartir Producción y Margen del contrato "Subestaciones y CT asociados en el tramo Motilla del Palancar Valencia -Motilla de Palancar Albacete en las siguientes condiciones.*

2. *La participación de cada una de las empresas será sobre un importe adjudicado:*

*Electren 25 % del 50 % de lo adjudicado es decir 12.236.755,99 € Iva Excluido*

*Elecnor 25 % del 50 % de lo adjudicado es decir 12.236.755,99 € Iva Excluido*

*Cobra 25 % del 50 % de lo adjudicado es decir 12.236.755,99 € Iva Excluido*

*Semi 25 % del 50 % de lo adjudicado es decir 12.236.755,99 € Iva Excluido".*

Dicho acuerdo demuestra la dinámica operativa del cártel, acreditándose la continuación del reparto desde 2010 mediante los llamados acuerdos MICRO-MACRO, hechos 89 a 114 y Anexo II, de los que resulta la participación de ELECTRÉN para analizar la correcta ejecución de los acuerdos (hecho 111). Así, hay prueba de una reunión el 14 de abril de 2011 organizada por el Director de Subestaciones y Ferrocarriles de ELECENOR y en la que participaron directivos de ALSTOM, COBRA, ELECENOR y ELECTRÉN, para analizar, dentro del acuerdo MACRO, la ejecución hasta esa fecha del contrato de subestaciones y el correspondiente reparto del 6% de diferencial. Cita la resolución el folio 580, documento obtenido en la inspección de ELECENOR y fechado a 14 de octubre de 2011, en el que se reflejan cálculos acerca del 6% de diferencial sobre la facturación a los efectos, sin duda, de ejecutar dichos acuerdos.

La resolución justifica asimismo la continuidad de la participación de ELECTRÉN en los acuerdos de reparto durante los años 2013 y 2014 (hechos 115 a 146 y Anexo II; y hechos 147 a 168 y Anexo II).

Y en el año 2015, la intervención en los referidos acuerdos se instrumentalizó mediante su participación en la denominada UTE AVE ENERGÍA (hechos 169 a 191 y Anexo II), utilizada por las empresas integrantes para la presentación de ofertas a estas licitaciones, constando que en marzo de 2016 los socios de la UTE AVE ENERGÍA se repartieron la obra del Telemando de seccionadores para talleres (hecho 191).

Como decimos, las circunstancias que relata la resolución en los hechos citados cuentan con el respaldo de los folios del expediente que se mencionan, y que se vinculan con cada uno de ellos.

En cuanto a la prueba de la participación de ELECTRÉN en el cártel de reparto de contratos en el mercado para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, la CNMC la prolonga desde mayo de 2002 hasta noviembre de 2016 destacando que ELECTRÉN es una de las empresas que aparece como parte integrante del acuerdo de reparto de licitaciones al que llegaron las empresas en el año 2002, hechos 1 a 12 de la resolución. Y señala que "... ELECTRÉN, al igual que las anteriores empresas, consta en acuerdos de reparto de licitaciones prácticamente cada año desde el acuerdo de mayo de 2002 y en constantes intercambios de información entre competidores para la correcta ejecución de los acuerdos tal como reflejan los hechos 1 a 22, 27, 30, 35, 37, 40, 43, 45, 51, 52, 53, 54, 55 y 56 y el Anexo I".

También en este caso la documentación a la que se remite la CNMC en los hechos citados es muy ilustrativa de la intervención de ELECTRÉN en los hechos que se le atribuyen. Sin ánimo de ser exhaustivos, puede citarse el cuadro que el 20 de agosto de 2004 intercambiaron directivos de ELECENOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, SEMI y VIMAC con los importes adjudicados a cada miembro de los acuerdos, incluyendo a BALFOUR (después CITRACC), SIEMENS, CYMI, COBRA y MOYALE. Acuerdo que obra en el correo electrónico de ELECENOR a ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, SEMI y VIMAC de fecha 20 de agosto de 2004, folios 19203 y 19204, obtenido en la inspección de SIEMENS.

Es igualmente gráfico el contenido de los correos electrónicos de 25 y 26 de octubre de 2004 (folios 19306 a 19308) intercambiados entre ISOLUX, CITRACC, CYMI, COBRA, ELECENOR, ELECTRÉN, INABENSA, MOYALE, SEMI, SIEMENS y VIMAC, acordando el orden de elección de las diferentes empresas licitadoras; o el documento de fecha 17 diciembre que refleja la existencia de un acuerdo entre las empresas CITRACC, COBRA, CYMI, ELECENOR, ELECTRÉN, ISOLUX, INABENSA, SEMI, SIEMENS, VIMAC, EYM (entonces GUINOVART) y GAVISA para repartirse las licitaciones convocadas por RENFE para la modernización de la catenaria tramo Ripoll-Puigcerdá-Frontera francesa y tramo Montcada, bifurcación-Vic L/Barcelona-Puigcerdá (folios 1057 a 1059), y en cual se indican las ofertas económicas que debían presentar las empresas a esas dos licitaciones, con la previsión de que ELECTREN e INBENSA debían ser las empresas adjudicatarias de cada uno de los dos concursos. El documento aparece firmado por los representantes de cada una de las empresas intervinientes, también por el de ELECTRÉN.

Desde luego, es difícil encontrar una prueba más manifiesta de la existencia del acuerdo y de su contenido abiertamente colusorio. Sin cuestionar que, como afirma la recurrente, el hecho de que "... una empresa haya facilitado información sobre supuestas conductas anticompetitivas en el marco de una solicitud de clemencia

*no implica tampoco que sus declaraciones no puedan ser rebatidas por el resto de las empresas investigadas", es lo cierto que los documentos referidos ofrecen a esta Sala, en el ejercicio de las facultades que le asisten para la libre valoración de la prueba, una justificación indiscutible de que ELECTRÉN tomó parte activa en la conducta sancionada.*

Por lo demás, no se trata de dar mayor o menor veracidad al relato del solicitante de clemencia sino de constatar, mediante su simple lectura por constar en el expediente, el contenido de documentos concretos cuya autenticidad no se cuestiona, tan explícito como el que hemos expuesto.

Ha de decirse que el relato de hechos de la resolución refleja también la participación de ELECTRÉN en los diferentes años por los que se extendió el cártel de líneas de tren convencional, y creemos innecesario reproducir aquí todos y cada uno de los documentos en los que se justifica dicha participación.

Baste recordar algunos como el cuadro actualizado de noviembre de 2005 (adjunto al correo electrónico de ELEC NOR a CITRACC, CYMI, COBRA, ELECTRÉN, INABENSA, MOYALE, ISOLUX, SEMI, SIEMENS, y VIMAC de 22 de noviembre de 2005, con asunto "Actualización Cuadro", folios 943 a 951), que recopila las licitaciones repartidas entre ellas hasta esa fecha, así como los importes de las licitaciones adjudicadas a cada una de las empresas hasta el 23 de noviembre de 2005; las notas manuscritas fechadas en 29 de mayo de 2007 (folio 940) recabadas en la inspección de COBRA en las que aparecen las empresas ELEC NOR, SEMI, SIEMENS, VIMAC, NABENSA, COBRA, ELECTRÉN, ISOLUX, CYMI, MOYALE y CITRACC(entonces BALFOUR) y la adopción de los acuerdos sobre reparto por volúmenes de obra y por direcciones territoriales.

Pueden citarse asimismo en 2008 y 2009 los Correos electrónicos de SEMI a CITRACC, CYMI COBRA, ELEC NOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, MOYALE, SIEMENS y VIMAC de 3 de marzo de 2008 (folios 1588 a 1591) y de 8 de mayo de 2008 con asunto "ACTUALIZACIÓN CUADRO 01" y documento adjunto "07-05-29 LICITACIONES ADIF TERRITORIALE 01 NORTE (folios 1601 a 1604); o el documento "07-05-29 LICITACIONES ADIF TERRITORIALE 03 ESTE (Barcelona, Tarragona, Zaragoza) adjunto al correo de correo electrónico de SEMI a CITRACC, CYMI, COBRA, ELEC NOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, MOYALE, SIEMENS y VIMAC de 15 de abril de 2008 con asunto "ACTUALIZACIÓN CUADRO 03" (folios 18270 a 18271), fichero Excel de 17 de septiembre de 2008 "15-10-2004 LICITACIONES ADIF.xls" (folio 18289) y fichero Excel de 30 de noviembre de 2009 "LICITACIONES ADIF TERRITORIALES PROVISIONAL 30 NOV 2009.xls" (folios 18342 y 18344), que fueron obtenidos, precisamente, en la inspección realizada en la sede de COBRA.

La prueba de que la operativa de reparto habría continuado en los años 2010, 2011 y 2012 la constituyen (según la resolución recurrida, con las consideraciones que nos ha de merecer después, al tratar de la continuidad de la infracción y de la prescripción que invoca la recurrente) los correos electrónicos internos de COBRA de 25 de marzo de 2010 con asunto "ADIF" y documento adjunto "LICITACIONES ADIF TERRITORIALES PROVISIONAL 25 MAR 10.xls" (folios 18407 a 18408), de 11 de enero de 2011 con asunto "Global Licitaciones Adif Territoriales Provisional 11 Ene 11.xls" y documento adjunto "LICITACIONES ADIF TERRITORIALES PROVISIONAL 11 ENE 11.xls" (folios 18481 a 18482) y de 11 de enero de 2012, con asunto "ADIF CONVENCIONAL" y documento adjunto "ADJUDICACIONES ADIF CONVENCIONAL.xls" (folios 18561 a 18562), obtenidos en la inspección de COBRA.

Asimismo, la participación en la conducta infractora en el año 2013 resulta acreditada en relación a la única licitación convocada por ADIF el 3 de octubre de ese año en la cual se agrupaban las licitaciones para el mantenimiento de sistemas eléctricos en líneas de tren convencionales diferenciando las 6 zonas (1 Norte, 2 Noroeste, 3 Este, 4 Madrid y Centro, 5 Levante y 6 Sur), que fueron licitadas por lotes, significándose que se mantuvieron los repartos por zonas entre las empresas licitadoras que acudieron en UTE, resultando significativo el correo enviado por ELECTRÉN el 29 de octubre de 2013 a las distintas empresas concertadas que obra al folio 17766 con el siguiente contenido:

*" Estimados TODOS:*

*Adjunto una propuesta de reparto de las obras de Mantenimiento, en lo que considero, un mejor servicio a ADIF...*

*Comentando el tema con Remigio el me propone un acercamiento entre las empresas, que sería la 2ª propuesta de reparto, que no se ha desglosado en medios...*

*¿¿Proponemos un acuerdo entre las empresas para estas ofertas basado en las propuestas de reparto?*

*En el caso de que os parezca bien deberíamos contestar antes del viernes para empezar a organizar los repartos y/o las UTEs...*

*Esperando vuestras respuestas, Un saludo"*

Y otro tanto habría sucedido en la licitación de 5 de agosto de 2014, convocada por ADIF para el mantenimiento de las subestaciones y catenaria de las líneas de ferrocarril convencional (Expte. NUM001 ), y que habría

sido objeto de reparto por ALSTOM, COBRA, ELECNOR, ELECTRÉN, EYM, INABENSA, SEMI, SIEMENS y TELICE acordado en una reunión en septiembre de 2014 en el Hotel Meliá Castilla de Madrid, conviniendo que la suma total de los lotes se dividiera entre las empresas que participaban en el reparto, valorando como criterio de asignación la presencia en el lugar y la idoneidad técnica de cada una de ellas en relación con los trabajos a realizar. Lo que estaría corroborado por la información suministrada por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 723, 12758, 12778 y 12779) y por SIEMENS en su petición de reducción de su importe (folios 26480 a 26514).

Sobre la base de todo ello ha de decirse que la Sala no alberga ninguna de duda de la participación de ELECTRÉN en las conductas escritas y, con ello, de la comisión de las dos infracciones que se le imputan, por lo que no puede prosperar el argumento que se basa en la presunción de inocencia y en la falta de acreditación suficiente de la comisión de las infracciones por parte de la actora.

Al hilo de los razonamientos de la demanda que cuestionan la eficacia probatoria de los documentos aportados por el solicitante de clemencia, ha de recordarse que, como declara el Tribunal General de la UE en sentencia de 5 de junio de 2012, Asunto T-214/16,

*"60 En particular, debe considerarse que el hecho de que una persona confiese que ha cometido una infracción y reconozca así la existencia de hechos que rebasan lo que podía deducirse directamente de dichos documentos implica a priori, si no concurren circunstancias especiales que indiquen lo contrario, que tal persona ha resuelto decir la verdad. De este modo, las declaraciones contrarias a los intereses del declarante deben considerarse, en principio, pruebas especialmente fiables ( sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 54 supra, apartados 211 y 212; de 26 de abril de 2007, Bolloré y otros/Comisión, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 y T-136/02, Rec. p. II-947, apartado 166, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 53 supra, apartado 59)".*

*61 Sin embargo, es jurisprudencia reiterada que no cabe considerar que la declaración de una empresa inculpada por haber participado en una práctica colusoria, cuya exactitud es cuestionada por varias empresas inculpadas, constituye una prueba suficiente de la existencia de una infracción cometida por estas últimas si no es respaldada por otros elementos probatorios ( sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 54 supra, apartado 219; de 25 de octubre de 2005, Groupe Danone/Comisión, T-38/02, Rec. p. II-4407, apartado 285, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 53 supra, apartado 293).*

*62 Para examinar el valor probatorio de las declaraciones de las empresas que han presentado una solicitud al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, el Tribunal tiene en cuenta, en particular la importancia de los indicios concordantes que apoyan la pertinencia de dichas declaraciones (véanse, en este sentido, las sentencias JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 54 supra, apartado 220, y Peróxidos Orgánicos/Comisión, citada en el apartado 59 supra, apartado 70) y la falta de indicios de que éstas tendieron a minimizar la importancia de su contribución a la infracción y a maximizar la de las otras empresas (véase, en este sentido, la sentencia Lafarge/Comisión, citada en el apartado 53 supra, apartados 62 y 295).*

(...)

*69 A este respecto, ha de recordarse que, como resulta de la jurisprudencia citada en los apartados 58 a 60 supra, las declaraciones realizadas en el marco de la política de clemencia desempeñan un papel importante. Estas declaraciones efectuadas en nombre de empresas revisten un valor probatorio nada desdeñable, por cuanto implican riesgos jurídicos y económicos considerables (véase, asimismo, la sentencia del Tribunal de 24 de marzo de 2011, Aalberts Industries y otros/Comisión, T-385/06, Rec. p. II-1223, apartado 47). No obstante, de la jurisprudencia citada en los apartados 59 y 61 supra se deduce también que las declaraciones realizadas por empresas acusadas en el marco de las solicitudes formuladas al amparo de la Comunicación sobre la cooperación deben apreciarse con prudencia y, cuando se ponen en entredicho, en general, no pueden considerarse suficientemente probatorias sin ser corroboradas".*

Pues bien, los hechos que resultan de las manifestaciones y de los documentos aportados por los solicitantes de la exención y de la reducción de multa, ALSTOM y SIMEMENS, respectivamente, que toma en consideración la resolución impugnada, son del todo coherentes con las numerosas pruebas adicionales acopiadas en el expediente y a las que nos hemos referido antes, lo que obliga a concluir que la comisión de las infracciones por parte de ELECTRÉN ha sido suficientemente acreditada.

Finalmente, no podemos dejar de destacar las peculiaridades que presenta la prueba de esta clase de infracciones.

En sentencia de esta Sección de 27 de junio de 2022, recurso núm. 297/2017, hemos señalado lo siguiente: *"Vistas las diferentes posturas que mantienen ambas partes, debemos, entonces, examinar si efectivamente existen pruebas que permitan dar por acreditada la participación de la recurrente en la infracción única y*



continuada imputada. Y, en este sentido, ya en sentencia de fecha 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, decíamos que: "En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1988, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración". Consideraciones que ratificamos en la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso número 293/2012 que, al tratar sobre la prueba de indicios, decíamos: "(...) es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998/7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999/274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. Pues bien, todos los elementos fácticos señalados -cita en documentos y comportamiento de la actora-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan".

Ya desde la sentencia de 6 de marzo de 2000, recurso núm. 373/93, el Tribunal Supremo viene declarando al referirse a la prueba de presunciones que "estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda".

Y en el ámbito europeo, podemos citar la sentencia de 27 de setiembre de 2006 del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), (asuntos acumulados T-44/02 OP, T-54/02 OPM, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP), que, en cuanto a la prueba de presunciones en materia de Derecho de la Competencia, señala que: "Habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartados 55 a 57)".

También el Tribunal General en la sentencia de 3 de marzo de 2011 Caso Siemens/Comisión, asunto T-110/07 al referirse a la carga de la prueba declara lo siguiente:

"(46)... es necesario que la Comisión presente pruebas precisas y concordantes para demostrar la existencia de la infracción (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión), apartado 44 supra, apartado 62), y para asentar la firme convicción de que las infracciones alegadas constituyen restricciones sensibles de la competencia a efectos del artículo 81 CE, apartado 1 (sentencia de 21 de enero de 1999, Riviera Auto Service y otros/Comisión, T-185/96, T-189/96 y T-190/96, Rec. p. II-93).

(47) Sin embargo, debe señalarse que no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción. Basta que la serie de indicios invocada por la institución, apreciada globalmente, responda a dicha exigencia (véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, apartado 44 supra, apartado 63, y la jurisprudencia citada).

(48) Además, habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia y de la clandestinidad en la que se ejecutan, por tanto, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión apartado 44 supra, apartados 64 y 65, y sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004



[TJCE 2004, 8], Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 55 a 57)".

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de fecha 12 de diciembre de 2014 declara en el asunto T-562/08 que "... en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 55 a 57; véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 64 y 65, y la jurisprudencia citada)".

Y, en cuanto a la posición del Tribunal Supremo, podemos destacar, entre otras, la sentencia dictada en fecha 19 de Junio de 2015, recurso 649/13, que se pronuncia sobre el alcance de esta clase de prueba en parecidos términos.

**SEXTO.**- En relación con la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por la falta de prueba de las infracciones atribuidas a ELECTRÉN aduce también la recurrente que se ha vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías por cuanto, dice, "... la CNMC ha ignorado de manera sistemática e infundada todas las explicaciones y pruebas que ha aportado la Compañía en el marco del Expediente, negándole así de facto su derecho a formular alegaciones de manera efectiva y, en especial, a que éstas sean tenidas en cuenta por el órgano competente", además de no haberle permitido acceder a todos los documentos del expediente.

En cuanto a esto último, se trata de una denuncia del todo genérica que no especifica ni los concretos documentos a los que no ha podido acceder ELECTRÉN ni, sobre todo, el valor que les ha atribuido la CNMC para justificar la responsabilidad de la recurrente.

Por lo demás, las alegaciones de ELECTRÉN han merecido contestación expresa en la resolución, y así en el apartado 5.3, bajo la rúbrica *Alegaciones en relación con la participación individual de las empresas*, se abordan específicamente las invocadas por ELECTRÉN (letra i). Además, se tienen en cuenta las formuladas por la misma recurrente, y se les da igualmente respuesta, en el apartado 5.4, sobre la necesidad de acudir en UTE a las licitaciones; y en el apartado 5.8 se abordan las relacionadas con la motivación de la propuesta de sanción elaborada por la DC (motivación, ajuste de proporcionalidad y la existencia de empresas multiproducto, proporcionalidad de la sanción, volumen de negocios en el mercado afectado).

Por tanto, no puede compartirse la afirmación de que la CNMC no ha tenido en cuenta las alegaciones de la recurrente. Cuestión distinta es que las haya rechazado de acuerdo con las razones que expone en los referidos apartados, y que la afectada no esté conforme con ello.

Por último, advierte asimismo la demandante que la CNMC denegó de manera injustificada la práctica de la prueba que en su día propuso para determinar si ELECTRÉN tenía capacidad disponible para participar en solitario en las licitaciones investigadas, en vez de hacerlo en UTE.

En este punto conviene tener presente la doctrina del Tribunal Constitucional expresada, entre otras, en las sentencias 37/2000, 19/2001 y 133/2003, dictadas en relación con el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, y según la cual tal derecho "... se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso. Se trata de un derecho no absoluto, que no se ve menoscabado por la inadmisión de una prueba en aplicación estricta de las normas legales ( SSTC 1/1996 y 246/2000 ), y no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba conduce a entender producida una lesión en el meritado derecho de defensa, sino solo cuando comporta una efectiva indefensión ( SSTC 246/2000 y 35/2001 ). Se observa, por tanto, que la vulneración del derecho fundamental exige dos circunstancias, por un lado, la denegación inmotivada o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable, y por otro lado, que dicha denegación ocasione efectiva indefensión, lo que ocurrirá cuando la prueba denegada o impracticada sea decisiva en términos de defensa, correspondiendo al recurrente la carga de alegar y fundamentar la relevancia de las pruebas no practicadas. A lo que se añade la exigencia del artículo 88.2 de la Ley de la Jurisdicción de haber pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de existir momento procesal oportuno para ello".

En este caso, no consta que la prueba denegada tuviera ese alcance; antes al contrario, y como veremos al abordar esta cuestión, la practicada en autos es irrelevante a los efectos de determinar si la concurrencia en UTE a las licitaciones tenía una justificación suficiente.

Por lo demás, las explicaciones alternativas ofrecidas por la demandante no consiguen alterar la convicción de esta Sala acerca de su participación activa en los acuerdos sancionados a la vista de la contundencia y claridad del material probatorio descrito, verdaderamente expresivo e incontestable al punto de hacer ineficaz



cualquier otra explicación acerca de la voluntad de las empresas intervinientes distinta de la de repartirse las licitaciones.

**SÉPTIMO.**- Afirma ELECTRÉN que resulta incorrecta la calificación de las conductas que se le atribuyen como dos infracciones únicas y continuadas, y ello al no concurrir los requisitos a los que la jurisprudencia, nacional y europea, condiciona dicha calificación.

Anticipamos que no podemos compartir esa apreciación a la vista de las pruebas acumuladas frente a ELECTRÉN en el expediente y a las que nos hemos referido antes, que evidencian su participación en las dos infracciones que se le atribuyen con conductas concretas que se han ido reiterando a lo largo del período infractor (respecto del reparto de licitaciones en líneas ferroviarias de alta velocidad, desde el año 2008 hasta el año 2016; y en tren convencional, desde 2002 hasta el 2016)

La continuidad es entonces indudable, por la proximidad de los acuerdos acreditados, remitiéndonos al análisis de la prueba que refleja el fundamento de derecho cuarto y que permite constatar que prácticamente en todos los años por los que se prolongaron las infracciones existe prueba de la participación de ELECTRÉN en las conductas sancionadas.

Por otra parte, coincidimos en la apreciación de la CNMC de que, en el caso de licitaciones públicas, los acuerdos de reparto se concluyen antes de la adjudicación de los contratos de tal forma que dichos acuerdos prolongan su eficacia durante su ejecución, sin que sea necesario adoptar otros de manera tan frecuente.

Recordábamos, por lo demás, en la reciente sentencia de 28 de diciembre de 2023, recurso núm. 131/2018, la jurisprudencia europea sobre esta cuestión:

*"El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia dictada en fecha 24 junio 2015, asunto C-263/2013 refiere lo que es una infracción única y continuada al señalar lo siguiente:*

*"156. Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE , apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto», debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto ( sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens (TJCE 2012, 371), C 441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 41 y la jurisprudencia citada).*

*157. Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE , apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción. Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo ( sentencia Comisión/ Verhuizingen Coppens (TJCE 2012, 371), C 441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 42 y la jurisprudencia citada)".*

Y la Sentencia de 17 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 116) Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie, apartados 59 y ss, precisa que:

*"a) En el marco de una infracción que dura varios años, no impide la calificación de infracción única el hecho de que las distintas manifestaciones de los acuerdos se produzcan en períodos diferentes, siempre que pueda identificarse el elemento de unidad de actuación y finalidad.*

*b) De acuerdo con una práctica jurisprudencial constante se han identificado una serie de criterios que ayudan a calificar una infracción como única y continuada, a saber: la identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, de los productos y servicios, de las empresas participantes, y de las formas de ejecución, pudiéndose tener en cuenta, además, la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas implicadas y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas.*

*c) La Comisión puede, en consecuencia, presumir la permanencia de una empresa durante todo el período de duración del cártel, aunque no se haya acreditado la participación de la empresa en cuestión en fases concretas, siempre que concurren los elementos suficientes para acreditar la participación de la empresa en un plan conjunto con una finalidad específica, que se prolonga en el tiempo. La consecuencia inmediata de ello es que el "dies a quo" del plazo de prescripción, se computa a partir del cese de la última conducta(...). ... si no existen*



*pruebas que permitan demostrar directamente la duración de una infracción, la Comisión debe basarse al menos en pruebas de hechos suficientemente próximos en el tiempo, de modo que pueda admitirse razonablemente que la infracción prosiguió de manera ininterrumpida entre dos fechas concretas (véanse las sentencias del Tribunal de 7 de julio de 1994, Dunlop Slazenger/Comisión, T-43/92, Rec. p. II-441, apartado 79, y de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T-120/04, Rec. p. II-4441, apartado 51, y la jurisprudencia citada)".*

Frente a lo afirmado por la entidad actora, concurren en el presente caso, y además de una manera especialmente clara, las notas que caracterizan a esta clase de infracciones pues la dinámica y naturaleza de las conductas, su prolongación en el tiempo y la existencia de un objetivo común resultan sin duda acreditados a la vista de la prueba acopiada a lo largo del expediente.

En efecto, la existencia de un objetivo común perseguido por las entidades sancionadas se advierte en la voluntad de repartirse las licitaciones públicas, falseando la libre competencia y garantizándose las adjudicaciones en la forma, porcentaje y condiciones convenidas por las empresas participantes. En el caso de ELECTRÉN, además, es notable el número de licitaciones acordadas en las que ha intervenido, contribuyendo a la estabilidad de los pactos y a su prolongación en el tiempo. Son precisamente dichas características (estabilidad y prolongación en el tiempo) las que ponen de manifiesto el interés que para las empresas participantes tenía el mantenimiento de los acuerdos de reparto y los beneficios que les reportaban pues, de otro modo, no se habrían reiterado a lo largo de un período tan extenso.

No obstante, mantiene la recurrente como uno de los motivos de su demanda la ausencia de unidad temporal, afirmando que *"... de l propio relato de la Resolución y las pruebas invocadas para sostenerlo, se infiere un periodo de interrupción del presunto Cártel del Ferrocarril Convencional que se prolonga entre septiembre de 2008 y octubre de 2013, es decir, no uno, sino cinco años"*.

Sostiene en este sentido que dicho cártel estaría dividido en dos periodos claramente diferenciados, el primero entre mayo de 2002 y septiembre de 2008 y el segundo entre octubre de 2013 y noviembre de 2016, lo que impediría *"... la concurrencia del requisito establecido por la jurisprudencia de unidad temporal entre las distintas conductas consideradas no pudiendo, por tanto, calificarse éstas conjuntamente como una infracción única y continuada"*.

A lo que anuda la consecuencia de la prescripción de las conductas anteriores a octubre de 2013.

Ha de decirse, si bien, que la misma demandante admite que podría estarse como inicio de la interrupción de la conducta a la fecha de adjudicación de la licitación en la que se concertaron las empresas, es decir, el 12 de mayo de 2009, y no la de presentación de licitaciones. El lapso temporal por el que se habría entonces prolongado la interrupción, a su juicio, sería de mayo de 2009 a octubre de 2013.

La CNMC aduce, por contra, que en el período 2008 y 2009 la conducta anticompetitiva de COBRA se habría acreditado con los correos electrónicos de SEMI a CITRACC, CYMI, COBRA, ELECNOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, MOYALE, SIEMENS y VIMAC de 3 de marzo de 2008 (folios 1588 a 1591) y de 8 de mayo de 2008 con asunto "ACTUALIZACIÓN CUADRO 01" y documento adjunto "07-05-29 LICITACIONES ADIF TERRITORIALE 01 NORTE (folios 1601 a 1604); el documento "07-05-29 LICITACIONES ADIF TERRITORIALE 03 ESTE (Barcelona, Tarragona, Zaragoza) adjunto al correo de correo electrónico de SEMI a CITRACC, CYMI, COBRA, ELECNOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, MOYALE, SIEMENS y VIMAC de 15 de abril de 2008 con asunto "ACTUALIZACIÓN CUADRO 03" (folios 18270 a 18271), fichero Excel de 17 de septiembre de 2008 "15-10-2004 LICITACIONES ADIF.xls" (folio 18289) y fichero Excel de 30 de noviembre de 2009 "LICITACIONES ADIF TERRITORIALES PROVISIONAL 30 NOV 2009.xls" (folios 18342 y 18344), que fueron obtenidos, precisamente, en la inspección realizada en la sede de COBRA.

Y la prueba del mantenimiento de la operativa de reparto en los años 2010, 2011 y 2012 la constituirían los correos electrónicos internos de COBRA de 25 de marzo de 2010 con asunto "ADIF" y documento adjunto "LICITACIONES ADIF TERRITORIALES PROVISIONAL 25 MAR 10.xls" (folios 18407 a 18408), de 11 de enero de 2011 con asunto "Global Licitaciones Adif Territoriales Provisional 11 Ene 11.xls" y documento adjunto "LICITACIONES ADIF TERRITORIALES PROVISIONAL 11 ENE 11.xls" (folios 18481 a 18482) y de 11 de enero de 2012, con asunto "ADIF CONVENCIONAL" y documento adjunto "ADJUDICACIONES ADIF CONVENCIONAL.xls" (folios 18561 a 18562), obtenidos en la inspección de COBRA.

En concreto, en el hecho 22 de la resolución se razona, literalmente, de este modo:

*"La sistemática descrita de reparto entre las empresas CITRACC, COBRA, CYMI, ELECNOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, MOYALE, SEMI, SIEMENS y VIMAC se mantuvo en los años 2010, 2011 y 2012, tal como reflejan diferentes ficheros que recogen las sucesivas licitaciones convocadas por ADIF en esos años para el mantenimiento de subestaciones eléctricas de líneas de tren convencionales, en los que se detallan los importes*



*de adjudicación, las empresas adjudicatarias y las ofertas a presentar por cada una de las 11 empresas que forman parte de los acuerdos".*

De acreditarse que, en efecto, tales ficheros prueban la existencia de acuerdos sobre el reparto de licitaciones en ese período, es obvio que la continuidad se habría mantenido, impidiendo por tanto la prescripción que invoca ELECTRÉN.

Sin embargo, un atento examen del contenido de esos ficheros no permite llegar de ninguna manera a tal conclusión pues, en todos los casos, los correos a los que se adjuntan las tablas Excel son de fecha posterior a las licitaciones que reflejan estas, de manera que solo contienen, como pone de relieve ELECTRÉN, hechos pasados y públicos.

La resolución no explica qué le permite afirmar que *"La sistemática descrita de reparto entre las empresas CITRACC, COBRA, CYMI, ELEC NOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, MOYALE, SEMI, SIEMENS y VIMAC se mantuvo en los años 2010, 2011 y 2012..."*, y que ello lo reflejan los ficheros adjuntados a los correos

Esto es particularmente destacable cuando la misma CNMC afirma, literalmente, que en los ficheros se incluyen *"... las ofertas a presentar por cada una de las 11 empresas que forman parte de los acuerdos"*.

Dicha manifestación, desde luego inexacta pues lo que recogen los ficheros son las ofertas efectivamente presentadas, tiene un indudable alcance incriminatorio ya que presume que existía un acuerdo previo entre las empresas en relación a la presentación de las ofertas, lo que no se deduce de ninguna manera de los ficheros.

Podría la CNMC haber incorporado algún razonamiento que permitiese concluir de manera inequívoca que las ofertas presentadas (que es, insistimos, el contenido de los ficheros), habían sido previamente convenidas entre las empresas. Razonamiento que no existe, resultando insuficiente la mera afirmación apodíctica de que mantenían la sistemática de reparto, sin más consideraciones, ni pruebas adicionales.

Por otra parte, y como argumenta la recurrente, es destacable que en los ficheros Excel aparezca información no solo las empresas incoadas, sino de todas las empresas que se presentaron a las licitaciones y a cuya información no habría podido acceder ELECTRÉN antes de publicitarse.

A ello se suma la circunstancia de que se trata de correos internos de la empresa que contienen hechos relativos a terceros, con las limitaciones que ello supone en cuanto a su eficacia probatoria al no contar con otros elementos fácticos que los corroboren.

La consecuencia de todo ello es que, ante la falta de prueba de la comisión de la infracción en el período comprendido entre el 12 de mayo de 2009, fecha de adjudicación de la última licitación en la cual estaría probada la concertación, y octubre de 2013, en el que consta el reparto de las licitaciones convocadas por ADIF en ese año, es decir, durante más de cuatro años, deben considerarse prescritos los hechos atribuidos a ELECTRÉN anteriores a esta última fecha, con las consecuencias que de ello hayan de seguirse.

Conviene hacer una consideración acerca de las anotaciones manuscritas del Delegado de Subestaciones de Interior de ELEC NOR de 21 de noviembre de 2011 que obran al folio 447 del expediente administrativo, y que se incluían en la carpeta "Cuaderno Folios 17-11-11" recabada en la inspección de esta empresa. Y es que este documento se incluye en el apartado 23 del relato de hechos probados de la resolución, apartado que la misma resolución no incluye entre los que determinan la responsabilidad de ELECTRÉN (como hemos visto, y respecto del cártel de tren convencional, apartado 4.7.1.b, tales hechos son el 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 25, 26, 27, 30, 37, 38, 40, 45, 49 y Anexo I).

En cuanto a la interrupción de la continuidad en las infracciones calificadas por la autoridad de competencia como únicas y continuadas a consecuencia del transcurso de un lapso de tiempo durante el cual no se acredita ninguna conducta infractora nos hemos pronunciado, entre otras muchas, en sentencia de 19 mayo 2023, rec. núm. 24/2018, en la que hemos señalado lo siguiente:

*"Si partimos de que sí estamos ante una infracción del artículo 101 del TFUE única y continuada, esta calificación tiene importantes consecuencias en la imputación de la conducta en el ámbito temporal, ya que permite presumir que la infracción o la participación de una empresa no se ha interrumpido, aunque no se disponga de pruebas de la infracción durante algunos periodos específicos, siempre que las diferentes acciones que forman parte de esa infracción persigan una sola finalidad y puedan insertarse en una infracción de carácter único y continuo, apreciación esa que debe sustentarse en indicios objetivos y concordantes acreditativos de la existencia de un plan conjunto, como apuntaba la STG 17 de mayo de 2013, T14 7/09 y T148/09 Trelleborg, (apartado 61). Con la infracción única y continuada se presume que, a pesar de periodos de aparente inactividad o donde no es posible desplegar toda la carga probatoria, la infracción continúe permitiendo la imputación de la responsabilidad por todo ese periodo de latencia; y « [n]o impide considerar que la infracción existió durante un período global más largo que dichos períodos, a condición de que tal comprobación se base en indicios objetivos y concordantes. En*



*el marco de una infracción que dura varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en períodos diferentes, pudiendo separarse por intervalos de tiempo más o menos largos, no influye en la existencia de dicho acuerdo, siempre que las diferentes acciones que formen parte de esta infracción persigan una única finalidad y se inscriban en el marco de una infracción única y continua [...]», como se constata en las STJUE 11 de enero de 2008, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión*, (apartados 57, 97 y 98), STJUE de 7 de enero de 2004 *Aalborg Portland y otros/Comisión*, citada en el apartado 52 *supra*, apartado 260), y STG *Trelleborg*, (apartado 59).*

*Esta circunstancia permite la imposición de una multa por la totalidad del periodo de infracción considerado y determina la fecha en la que empieza a correr el plazo de prescripción, a saber, la fecha en la que la infracción continua ha finalizado, STG Trelleborg, (apartado 62).*

*Se plantea un problema en los casos en los que, o bien la empresa ha dejado de participar en la conducta durante un tiempo o bien no existe prueba de su participación, sin que conste un expreso apartamiento de la conducta colusoria llevada a cabo por el cártel. Cuando esto ocurre es necesario fijar cuánto tiempo se considera razonable como para considerar interrumpido el carácter «continuo» de la infracción. Estamos ante un casuismo al que no se le puede dar una respuesta apriorística, pero en la STG Trelleborg se establece un tiempo aproximado a los dos años « [l]a Comisión no dispone de ninguna prueba de la implicación de las demandantes en esos contactos multilaterales durante el período intermedio, que duró más de dos años, o de que hubieran participado en las reuniones que tuvieron lugar con objeto de reactivar el cartel, ni siquiera que hubieran tenido conocimiento de ellas [...]» (apartado 66), período durante el que no existieron « [i]ndicios objetivos y concordantes que permitan apreciar la implicación de las demandantes en los contactos mantenidos durante el período de crisis del cartel [...]» (apartado 68). No obstante, este período de tiempo tiene un valor o meramente indicativo, por lo casuístico de las situaciones a tratar, por no lo obliga a valorar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes ante la ausencia de un pronunciamiento público y expreso de apartamiento del cartel, STJUE *Comisión/Anic Partecipazioni*, (apartado 50)".*

*En el presente litigio hemos constatado en el anterior fundamento de derecho que no existe prueba alguna de la participación de la actora en el cártel en los años 2003, 2004 y 2005, lo que rompe el nexo temporal en la continuidad, lo que implica además la prescripción de lo que pudo ser su participación en el cártel en el año 2002, puesto que cuando se incoó el procedimiento sancionador habían transcurrido más de cuatro años respecto de esos primeros hechos.*

*La indebida imputación temporal de la infracción, a pesar de que sí constatamos la antijuridicidad de la conducta en el período indicado, en la medida que ha incidido en la cuantificación de la sanción impuesta, nos llevan a la estación parcial del recurso con la anulación del acuerdo sancionador, sin perjuicio de las actuaciones que de ello se deriven".*

De este modo, procede estimar parcialmente el recurso y anular la resolución recurrida en cuanto ha sancionado a ELECTRÉN por la comisión de la infracción durante un período en realidad prescrito, sin perjuicio de que subsista la antijuridicidad de su conducta por el resto del tiempo de duración de la infracción, con las consecuencias que de ello se deriven.

**OCTAVO** .- Sostiene ELECTRÉN que también en el cártel de AVE estarían prescritas las conductas anteriores a agosto de 2013, pues no existe prueba de la infracción desde octubre de 2010.

Esta afirmación debe rechazarse ante la evidencia de las dos reuniones celebradas en 2011 que resultan descritas en el hecho 111 de la resolución.

Se refiere, en concreto, a la reunión de 14 de abril de 2011, organizada por el Director de Subestaciones y Ferrocarriles de ELEC NOR (documento incluido en la carpeta "correos", folio 347, recabado en la inspección de ELEC NOR), y en la que participaron directivos de ALSTOM, COBRA, ELEC NOR y ELECTRÉN, para analizar, dentro del acuerdo MACRO, la ejecución hasta esa fecha del contrato de subestaciones y el correspondiente reparto del 6% de diferencial (documento incluido en "Agenda 2011-2012", folio 580, recabado en la inspección de ELEC NOR).

Y a la reunión el 3 de octubre de 2011, entre directivos de ALSTOM, CITRACC (entonces BALFOUR), COBRA, ELEC NOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, SEMI y SIEMENS (incluido en la carpeta "correos", folio 344, recabado en la inspección de ELEC NOR; y correo electrónico de SEMI a ALSTOM, CITRACC, COBRA, ELEC NOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, SEMI, SIEMENS de 27 de septiembre de 2011 con asunto "reunión 3/10/2011", folio 17557, recabado en la inspección de SEMI)

Asimismo, y como se describe en el hecho 112, el 30 de noviembre de 2011 el Director General de Producción de ELECTRÉN envió un correo electrónico al Director de Subestaciones y Ferrocarriles de ELEC NOR y al Responsable de Estudios y Proyectos de COBRA, adjuntando un fichero con la propuesta de los pedidos a

realizar a dichas empresas por la UTE ACELEC de ALSTOM, CYMI y ELECTRÉN, adjudicataria de la licitación de las subestaciones (correo electrónico de ELECTRÉN a COBRA y ELECNOR de 30 de noviembre de 2011, y documento adjunto "Pedidos varios.xls", folios 351, 352, 1868, 1869, 17179 y 17180, recabado en las inspecciones de ELECNOR y ELECTRÉN)

Basta comprobar en los folios citados la existencia de los documentos y correos descritos.

Frente a todo ello, resulta irrelevante el argumento esgrimido por ELECTRÉN según el cual esta prueba no acreditaría el reparto de licitaciones sino, en su caso, el seguimiento de licitaciones ya repartidas.

Es evidente que dicho seguimiento implica la continuidad de la conducta colusoria en la medida en que se mantuvieron acuerdos entre las empresas incoadas dirigidos, precisamente, a asegurar la plena efectividad de los repartos mediante el seguimiento de su ejecución, asegurándose esta y, por ejemplo, el efectivo reparto del 6% de diferencial en su día convenido.

No hay duda, a juicio de esta Sala, que deben integrarse dentro de la conducta consistente en el reparto de licitaciones todas aquellas otras dirigidas a asegurar la efectividad y plena ejecución de dicho reparto.

**NOVENO** .- Cuestiona asimismo ELECTRÉN su supuesta participación en UTES irregulares que le atribuye la resolución, y afirma al respecto que las UTES constituyen un mecanismo legítimo de colaboración empresarial, expresamente reconocido en la Ley de Contratos del Sector Público.

Aún admitiendo que pueden ser utilizadas con fines anticompetitivos, niega que esto sucediera en el caso enjuiciado, como supone la CNMC, y afirma al respecto que las UTES obedecían en realidad a la imposibilidad de las empresas de concurrir de manera individual a las licitaciones por carecer de capacidad para dar cumplimiento a las exigencias del contrato.

Esta circunstancia estaría acreditada con los informes aportados, el primero los cuales expondría "*... cuál es la regla apropiada que la CNMC debería haber utilizado para examinar de forma correcta la capacidad individual de las empresas, en base a los distintos precedentes en la materia y también a la lógica económica en el sector*", y el segundo habría justificado de manera suficiente, a su juicio, que ELECTRÉN carecía de capacidad para haber concurrido individualmente a las licitaciones en las cuales participó a través de una UTE.

El análisis de esta cuestión exige partir del hecho de que, en efecto, las UTES no suponen en sí mismas una restricción de la competencia y pueden, por el contrario, contribuir a asegurar esta, especialmente en los procesos de licitaciones en los que, de no acudir a dicha forma de colaboración, algunas empresas no podrían participar en los mismos. Es decir, la utilización de UTE para participar en procedimientos de licitación puede, en algunas ocasiones, tener efectos positivos, al facilitar el acceso a la financiación de grandes inversiones y permitir la participación de empresas que pongan en común recursos complementarios.

Las UTES se rigen por la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional, cuyo artículo 2 revela ya la preocupación del legislador por la incidencia que la actividad de estas formas organizativas puede tener en materia fiscal y de defensa de la competencia, por lo que previene que tanto las UTES deben estar sometidas a vigilancia permanente por parte de las autoridades de ambos ámbitos: "*Las actividades y repercusiones económicas de las Agrupaciones de Empresas y Uniones Temporales de Empresas serán objeto de especial vigilancia por el Ministerio de Hacienda, para constatar si su actividad se ha dedicado exclusivamente al cumplimiento del objeto para el que fueran constituidas. El cumplimiento de esta función se realizará por la Inspección Financiera Tributaria, sin perjuicio, y con independencia de la aplicación por los Organismos o Tribunales correspondientes de las medidas ordinarias o especiales establecidas o que se establezcan para evitar actividades monopolísticas o prácticas restrictivas de la competencia*".

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, es ejemplo también de dicha prevención frente a la posible utilización de la UTE para encubrir prácticas anticompetitivas, y así establece en su artículo 69.2 que "*Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciaran posibles indicios de colusión entre empresas que concurran agrupadas en una unión temporal, los mismos requerirán a estas empresas para que, dándoles plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas. Cuando la mesa o el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por las empresas, estimase que existen indicios fundados de colusión entre ellas, los trasladará a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que, previa sustanciación del procedimiento sumarísimo a que se refiere el artículo 150.1, tercer párrafo, se pronuncie sobre aquellos*".



De acuerdo con esta caracterización, en la Sentencia de 30 de julio de 2018, recurso núm. 566/2016, ya decíamos que la UTE implica un sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro, sin que esta colaboración tenga personalidad jurídica. También en la de 15 de octubre de 2012, F.J. 5º, advertíamos que *"la creación de UTEs en sí mismas no constituyen un acuerdo anticompetitivo y los acuerdos para su formación deben analizarse en función de las características de las empresas que lo forman y del contexto concreto en que se producen"*.

Y para examinar las posibles restricciones a la competencia generadas por la concurrencia bajo el sistema de colaboración que suponen las UTEs debemos partir de lo establecido en el párrafo 237 de la Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (DOCE 14 de enero de 2011), según el cual, *"Por lo general no es probable que un acuerdo de comercialización suscite problemas de competencia si es objetivamente necesario para que una parte pueda introducirse en un mercado al que no hubiera podido acceder individualmente o con un número de partes menor que el que participa realmente en la cooperación, por ejemplo, debido a los costes implicados. Una aplicación concreta de este principio serían los arreglos de consorcio que permiten a las empresas implicadas participar en proyectos que no podrían emprender individualmente (...)"*.

La explicación que incorpora la propia Comunicación es particularmente esclarecedora al añadir en este mismo apartado que *"Como las partes del arreglo de consorcio no son, por lo tanto, competidores potenciales en la ejecución del proyecto, no existe restricción alguna de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1"*.

Apunta de este modo, como criterio determinante para enjuiciar el alcance anticompetitivo de la UTE, el de su necesidad objetiva o la indispensabilidad de esta forma organizativa de modo que, si la intervención de varias empresas bajo una UTE es necesaria, objetivamente, para que puedan participar en una licitación -por exigirlo así razones económicas, geográficas, técnicas o de otra índole-, se entiende que los acuerdos que puedan adoptar encaminados a tomar parte en la misma no resultan anticompetitivos, y ello por el hecho de que las empresas no son competidoras entre sí, pues no podrían concurrir de manera individual.

Acerca de la aplicación y de la incidencia que sobre la participación de UTEs en procedimientos de licitación tiene la Comunicación sobre acuerdos de cooperación horizontal se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de marzo de 2021, recurso núm. 1363/2020, que recopila y sistematiza la doctrina del Tribunal de Justicia sobre esta materia. Razona dicha sentencia, en cuanto a la referida Comunicación, que *"... es oportuno reiterar aquí lo señalado por esta Sala en la ya citada sentencia nº 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017, F.J. 3º), seguida luego por la sentencia nº 66/2019, de 28 de enero (casación 1396/2017, F.J. 3º), acerca de la eficacia y virtualidad de tales Directrices. Como señalábamos en aquellas ocasiones, las Directrices y las Comunicaciones de la Comisión en materia de Derecho europeo de competencia no despliegan efectos jurídicos vinculantes para los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales."*

Así lo destacan las STJUE de 14 de junio de 2011, Pfleiderer (C-360/09, Rec. p. I-5161), apartado 21; en un sentido similar también la sentencia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425), apartado 209, conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no pueden calificarse de norma jurídica, así como la sentencia de 29 de septiembre de 2011, Arkema/Comisión (C-520/09 P, Rec. p. I-8901 apartado 88), conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no establecen más que reglas de conducta. Ahora bien, tales directrices, en cuanto recogen los criterios fijados por la jurisprudencia, pueden ser tomadas en consideración como un instrumento útil de interpretación en la materia. Podemos, por tanto, referir que el artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que hemos transcrito con anterioridad (antiguo artículo 81.3 TCE) debe interpretarse en el sentido de que contiene una excepción a lo establecido en los dos apartados anteriores; y sobre el significado y alcance de tal excepción existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial del TJUE de la que hicimos reseña en nuestra sentencia nº 1375/2018, de 17 de septiembre (casación 2452/2017, FF.JJ. 8º y 9º) a la que antes nos hemos referido. Siguiendo la línea interpretativa del Tribunal de Justicia, en esa sentencia citada de 17 de septiembre de 2018 señalábamos (F.J. 8º) que, a efectos de determinar la adecuación o disconformidad de una conducta con el Derecho de la Competencia, para que opere la excepción prevista en el artículo 101.3 TFUE, que exime de la prohibición establecida en el artículo 101.1, es necesario que se cumplan acumulativamente los cuatro requisitos anotados, a saber: 1º) que el acuerdo contribuya a mejorar la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; 2º) que los consumidores participen de forma equitativa en el beneficio resultante; 3º) que no se impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos, y, 4º) que no se ofrezca a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate".

Además, el Tribunal Supremo aborda la cuestión de a quién corresponde justificar la concurrencia de los requisitos que autorizan la aplicación del artículo 81.3 -101.3 del Tratado-, y se remite en esto a la sentencia



del TJUE de 6 de octubre de 2009 (asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P). En dicha sentencia el Tribunal de Justicia hace las consideraciones siguientes:

*"78. La Comisión sostiene que el Tribunal de Primera Instancia aplicó erróneamente la jurisprudencia relativa al reparto de la carga de la prueba y al grado de prueba exigido en el marco del artículo 81 CE , apartado 3. Censura el apartado 242 de la sentencia recurrida, así como los apartados 269 y 303 de dicha sentencia, que remiten a la jurisprudencia, a los criterios y a los principios aplicables al control de las concentraciones. Ahora bien, a su juicio, no existe ninguna analogía entre el examen de los efectos contrarios a la competencia de una concentración y el de la aplicación del artículo 81 CE , apartado 3.*

*79. A diferencia de los asuntos sobre concentraciones en los que, según la Comisión, las partes notificantes no soportan ninguna carga de la prueba particular, es reiterada jurisprudencia que, en el contexto de la referida disposición, corresponde a las empresas interesadas presentar a la Comisión pruebas que demuestren que el acuerdo cumple los requisitos establecidos por dicha disposición. La Comisión invoca, para fundamentar su demostración, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión (56/64 y 58/64 , Rec. p. 429 ) , así como de 17 de septiembre de 1985, Ford-Werke y Ford of Europe/Comisión (25/84 y 26/84 , Rec. p. 2725).*

(...)

*82. Es necesario señalar, por un lado, que, en los apartados 233 a 236 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia recordó la jurisprudencia, los principios y los criterios que rigen la carga de la prueba y el grado de prueba exigido en lo que respecta a la petición de exención con arreglo al artículo 81 CE , apartado 3. Puso de manifiesto, acertadamente, que corresponde a quien invoca dicha disposición demostrar, mediante argumentos y pruebas convincentes, que concurren los requisitos exigidos para obtener una exención (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión, 42/84 , Rec. p. 2545, apartado 45).*

*83. Por tanto, la carga de la prueba incumbe a la empresa que solicita que se le aplique la exención con arreglo al artículo 81 CE , apartado 3. Sin embargo, los elementos de hecho que invoca dicha empresa pueden obligar a la otra parte a dar una explicación o una justificación sin la cual es posible concluir que se ha satisfecho la carga de la prueba (véase, en este sentido, la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 279)".*

El Tribunal Supremo transcribe además el siguiente párrafo de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de enero de 2004 (asunto T-67/01): *"Compete a la empresa solicitante aportar todos los elementos acreditativos necesarios para demostrar la justificación económica de una exención y demostrar que satisface cada uno de los cuatro requisitos exigidos por el artículo 81 CE , apartado 3, que tienen carácter cumulativo (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, VBVB y VBBB/Comisión, antes citada, apartados 52 y 61, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 1992, Publishers Association/Comisión, T-66/89 , Rec. p. II-1995, apartado 69). Asimismo, corresponde a esta empresa demostrar que las restricciones causadas a la competencia cumplen los objetivos que persigue el artículo 81 CE , apartado 3, y que estos últimos no pueden alcanzarse sin dichas restricciones ( sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de febrero de 2002, Compagnie générale maritime y otros/Comisión, T-86/95 , Rec. p. II-1011, apartado 381)".*

Y, en esa misma línea, recuerda que la Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal señala en su apartado 48 que, cuando en un caso concreto se haya demostrado la presencia de una restricción de la competencia a efectos del artículo 101.1 del Tratado, puede invocarse la excepción contemplada en el apartado 3, añadiendo la misma Comunicación, con cita del artículo 2 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas, que *"(...) la carga de la prueba de lo dispuesto en el artículo 101, apartado 3, recaerá en la empresa o empresas que invoquen esta disposición. Por lo tanto, los argumentos de hecho y las pruebas presentadas por la empresa o empresas deben permitir a la Comisión llegar a la convicción de que es suficientemente probable que el acuerdo en cuestión produzca efectos favorables a la competencia o de que no lo es".*

Finalmente, el Tribunal Supremo identifica la cuestión sobre la cual debía pronunciarse con el objeto de la formación de jurisprudencia, que sería la de *"... determinar en qué supuestos cabe considerar que un acuerdo de asociación entre competidores, para participar en un concurso público, constituye una práctica restrictiva de la competencia por el objeto o por sus efectos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , en consonancia con lo dispuesto en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , y acerca de delimitar cuáles son los factores de naturaleza económica o jurídica que debe tomar en consideración la autoridad de competencia".* A lo que añade que *" También tiene por objeto precisar el alcance del artículo 1.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , a los efectos de delimitar cuáles son los presupuestos y requisitos exigibles para aplicar la excepción contenida en dicho precepto legal, en relación con los acuerdos de cooperación horizontal, entre empresas competidoras, formalizados a través de la constitución de una Unión Temporal de Empresas creada ad hoc para participar en*



licitaciones públicas. Más concretamente, en los términos que refiere el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 de octubre de 2020, la cuestión planteada en el recurso de casación que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consisten en interpretar los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE, en consonancia con lo establecido en las Directrices Horizontales de la Comisión Europea, a fin de aclarar en qué condiciones resulta aplicable la excepción contenida en los citados preceptos en relación con acuerdos de cooperación horizontal y, más concretamente, en relación con la creación de UTEs para participar en licitaciones de concursos públicos".

No obstante, y atendidos los términos en que se planteaba la controversia que analiza el Tribunal Supremo, concluye lo siguiente: "Ahora bien, es obligado señalar que en el presente recurso de casación -igual que en el proceso de instancia- no ha existido en realidad controversia sobre la interpretación que debe darse a los artículos 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101.3 TFUE, ni sobre la jurisprudencia que los interpreta y aplica. Más bien al contrario, la sentencia recurrida en casación hace diversas referencias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de este Tribunal Supremo en relación con tales preceptos, sin que los recurrentes en casación hayan manifestado discrepancias con las nociones y categorías jurídicas a que se refiere la sentencia. Donde las recurrentes discrepan de la sentencia recurrida es en la valoración que en ella se hace de los datos y elementos de prueba disponibles, y, en definitiva, en la delimitación de las circunstancias fácticas concurrentes en el caso concreto que se examina...".

Por ello, y en cuanto a la formación de doctrina jurisprudencial acerca de la interpretación del artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con lo dispuesto en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, declara que "Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala considera que, puesto que no existen cuestiones jurídicas a dilucidar; y dado que las cuestiones de hecho quedan excluidas del recurso de casación ( artículo 87 bis.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ), no siendo revisable en casación la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia, no resulta necesario modificar, completar ni matizar la jurisprudencia que hemos dejado reseñada en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia".

Todo lo cual evidencia, en definitiva, la necesidad de realizar un análisis en cada supuesto que tenga en cuenta las circunstancias concurrentes, no solo de las empresas que participan en la licitación, sino de las condiciones de esta en la medida en que puedan determinar la necesidad objetiva o indispensabilidad de concurrir en una UTE.

**DÉCIMO.-** Atendiendo a la anterior doctrina jurisprudencial, corresponde ahora a esta Sala analizar si concurrían razones que pudieran justificar la participación de las empresas, entre ellas la recurrente, en forma de UTE en las licitaciones, para lo que resulta imprescindible comprobar si existía una necesidad objetiva de acudir a este sistema de colaboración entre empresas, tal y como las conceptúa el artículo 7. Uno de la Ley 18/1982, de 26 de mayo.

Dicho análisis requiere valorar determinados elementos de prueba siendo conscientes de que, como hemos reiterado, en este tipo de actuaciones es difícil encontrar la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras, pues lo normal es que sea a través de indicios.

No podemos asumir la tesis de la recurrente y, al igual que la CNMC, consideramos que la constitución de las UTEs y la participación a través de ellas no respondía a necesidades técnicas o económicas, y menos aún competitivas, teniendo presente que pesa sobre las entidades que utilizan la UTE la carga de acreditar tales necesidades.

Y es que la mercantil actora no ha aportado ni un solo acuerdo de constitución de las UTEs en las que participó en el que se haga referencia a la necesidad de colaboración por exigencias técnicas o económicas, exigencias y necesidades que pretende acreditar después con los informes aportados que en ningún caso consiguen desvirtuar la razón verdadera que trasciende de dichos acuerdos, cual era concertar el reparto de las licitaciones, eludiendo la libre competencia.

La prueba de la utilización de las UTEs para esa finalidad instrumental es copiosa en el expediente, y aparece reflejada en la resolución.

A solo título de ejemplo, podemos citar el acuerdo suscrito en abril de 2008 entre las empresas COBRA, ELECNOR, SEMI y ELECTRÉN con objeto de repartirse 5 licitaciones convocadas en enero y febrero de 2008 para la construcción y mantenimiento de sistemas de electrificación de distintos tramos de diversas líneas de alta velocidad, acuerdo que consta a los folios 18869 y 18870, en el que se convenía lo siguiente:

"1. *Compartir Producción y Margen del contrato "Subestaciones y CT asociados en el tramo Motilla del Palancar Valencia -Motilla de Palancar Albacete en las siguientes condiciones.*

2. La participación de cada una de las empresas será sobre un importe adjudicado:

ELECTRÉN 25 % del 50 % de lo adjudicado es decir 12.236.755,99€ Iva Excluido

Elecnor 25 % del 50 % de lo adjudicado es decir 12.236.755,99€ Iva Excluido

Cobra 25 % del 50 % de lo adjudicado es decir 12.236.755,99€ Iva Excluido

Semi 25 % del 50 % de lo adjudicado es decir 12.236.755,99€ Iva Excluido

3. Que Cobra y Semi formaran parte de una UTE subcontratista de la UTE adjudicataria sin coeficiente de paso que ejecutara la obra a riesgo y ventura con las participaciones indicadas en el punto 2.

4. Que en caso de que los miembros que firman este acuerdo pertenecientes a la UTE adjudicataria no crean conveniente establecer la UTE definida en el apartado 3, se establece subcontratar a Semi y Cobra la participación definida en el apartado 2, en las siguientes condiciones.

5. La Ute adjudicataria o ELECTRÉN o Elecnor harán un contrato a Semi y a Cobra en los siguientes términos:

5.1 Importe: 17.423.730,24 €

5.2 Fecha un mes posterior a la firma del contrato entre la UTE adjudicataria y ADIF y no más tarde del 30 mayo 2008.

5.3 El margen establecido será del 12,85 %.

5.4 La facturación se realizará en cuatro certificaciones con fechas:

30-11-2008

30-05-2009

30-11-2009

30-05-2010

Estas mismas condiciones aplicaran para las licitaciones de SSEE de:

Madrid Motilla.

Barcelona Frontera."

De este modo se evidencia que las 4 empresas acordaron repartirse a partes iguales el 50% del precio del contrato ya sea porque formasen parte de la UTE adjudicataria o porque entraran en el contrato a través de la subcontratación.

Es también muy gráfico el correo de fecha 28 de octubre de 2013 remitido bajo el asunto "OBRAS DE MANTENIMIENTO" por el Director de contratación de ELECTRÉN al Director General de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de ALSTOM, Director de Desarrollo y delegado Zona Centro de CYMI, Director General de Ferrocarriles de COBRA, al Director de la División de Ferrocarriles de SEMI y al Director General de ELECTRÉN, recabado en las inspecciones de COBRA (folios 18607 y 18608), en el que propuso un reparto de las obras de mantenimiento licitadas, tras haberlo valorado con el Director General de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de ALSTOM, adjuntando un propuesta de reparto y la eventual formación de UTE. Correo que tenía el siguiente contenido:

"Estimados TODOS:

Adjunto una propuesta de reparto de las obras de Mantenimiento, en lo que considero, un mejor servicio a ADIF..

Comentando el tema con (Director General de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de ALSTOM) él me propone un acercamiento entre las empresas, que sería la 2ª propuesta de reparto, que no se ha desglosado en medios...

¿¿Proponemos un acuerdo entre las empresas para estas ofertas basado en las propuestas de reparto?

En el caso de que os parezca bien deberíamos contestar antes del viernes



para empezar a organizar los repartos y/o las UTEs...

*Esperando vuestras respuestas, Un saludo".*

En particular, las consideraciones acerca de la posibilidad de concurrir bajo la forma de Uniones Temporales de Empresas y el prolijo análisis sobre la legalidad de esa fórmula y su carácter pro competitivo, o las consideraciones acerca de la falta de capacidad de la actora para concurrir en solitario a las licitaciones, carecen de cualquier virtualidad a la vista de los acuerdos concretos concluidos en el seno de las UTEs entre las empresas incoadas, absolutamente innecesarios para su finalidad, lo que sugiere que tenían un objetivo instrumental para posibilitar los acuerdos anticompetitivos y ofrecer una apariencia de legalidad.

Entiende la Sala, a la vista de la tan repetida prueba, que la alegación de que la participación en forma de UTE se debía a las exigencias técnicas y económicas de los pliegos de las licitaciones resulta contradictoria con el comportamiento de las empresas, que pactaban su participación porcentual en el seno de las UTEs al margen de cualquier consideración sobre su respectiva capacidad técnica o económica.

Es conveniente citar aquí la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2021, rec. núm. 2040/2020, que se pronuncia sobre el alcance e interpretación de la Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (DOCE 14 de enero de 2011), y se remite a lo ya dicho en anteriores sentencias nº 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017, F.J. 3º), seguida luego por la sentencia nº 66/2019, de 28 de enero (casación 1396/2017, F.J. 3º), acerca de la eficacia y virtualidad de tales Directrices. En concreto, y respecto de la interpretación del 101.3 TFUE, (antiguo artículo 81.3 TCE), señala, siguiendo la línea interpretativa del Tribunal de Justicia, sentencia citada de 17 de septiembre de 2018, que, a efectos de determinar la adecuación o disconformidad de una conducta con el Derecho de la Competencia, para que opere la excepción prevista en el artículo 101.3 TFUE, que exime de la prohibición establecida en el artículo 101.1, es necesario que se cumplan acumulativamente los cuatro requisitos anotados, a saber: 1º) que el acuerdo contribuya a mejorar la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; 2º) que los consumidores participen de forma equitativa en el beneficio resultante; 3º) que no se impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos, y, 4º) que no se ofrezca a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Y en sentencia nº 1375/2018, de 17 de septiembre, recuerda lo declarado en STJUE de 6 de octubre de 2009 (asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P), que en sus párrafos 78 y siguientes viene a señalar que corresponde a quien invoca la exención demostrar, mediante argumentos y pruebas convincentes, que concurren los requisitos exigidos para obtenerla, de manera que la carga de la prueba recae sobre quien invoca la exención. Y cita asimismo la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de enero de 2004 (asunto T-67/01), de la que transcribíamos el siguiente párrafo:

*"Compete a la empresa solicitante aportar todos los elementos acreditativos necesarios para demostrar la justificación económica de una exención y demostrar que satisface cada uno de los cuatro requisitos exigidos por el artículo 81 CE , apartado 3, que tienen carácter cumulativo (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, VBVB y VBBB/Comisión, antes citada, apartados 52 y 61, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 1992, Publishers Association/Comisión, T-66/89 , Rec. p. II-1995, apartado 69). Asimismo, corresponde a esta empresa demostrar que las restricciones causadas a la competencia cumplen los objetivos que persigue el artículo 81 CE , apartado 3, y que estos últimos no pueden alcanzarse sin dichas restricciones ( sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de febrero de 2002, Compagnie générale maritime y otros/ Comisión, T-86/95 , Rec. p. II-1011, apartado 381)".*

**DECIMOPRIMERO.** - La estimación parcial del recurso en los términos que resultan del fundamento de derecho séptimo de esta sentencia, en el que se aprecia la prescripción de la infracción correspondiente al cártel de reparto de contratos de mantenimiento de sistemas eléctricos en líneas de tren convencional en relación a los hechos anteriores a octubre de 2103, no impide que nos pronunciemos sobre las denuncias de arbitrariedad y desproporción que formula ELECTRÉN en relación a la cuantía de la multa impuesta por su participación en dicho cártel, sin perjuicio de las consecuencias que conlleve la alteración de un elemento tan determinante para su cuantificación como es el período por el que se prolongó la infracción.

Pues bien, los criterios de cuantificación aplicados por la CNMC no difieren de los seguidos en otras ocasiones y que han sido también analizados por esta Sala.

Así, la justificación que aduce la resolución recurrida tiene su origen en el criterio fijado por el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, en la que se entiende que la expresión "volumen de negocios total" del artículo 63.1 de la LDC, como base sobre la que calcular el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción (hasta un 10% para las muy graves, hasta un 5% para las graves y hasta



un 1% para las leves), toma como referencia el volumen de negocios de todas las actividades de la empresa y no exclusivamente el correspondiente al mercado afectado por la conducta.

A partir de ahí, el Tribunal Supremo rechaza la concepción de los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC como "umbrales de nivelación" (o "límites extrínsecos", como los denomina el Tribunal Supremo en la sentencia) seguida hasta entonces por la CNMC y reflejada en la Comunicación de 11 de febrero de 2009. Considerando que tales porcentajes deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben concretarse tomando en consideración los factores enumerados en el artículo 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, entre ellos la dimensión y características del mercado afectado por la infracción la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; el alcance de la infracción; la duración de la infracción; el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

Razona la resolución que la infracción analizada se califica como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2018, y analiza a continuación los factores que han de determinar el porcentaje que, con ese límite máximo, resulta oportuno aplicar en cada caso, especificando los criterios seguidos para la cuantificación de tal manera que en cada uno de ellos tiene en cuenta la duración de la conducta, así como la no concurrencia de circunstancias agravantes ni atenuantes, y el hecho de que el principio de proporcionalidad podría verse comprometido en el caso de aquellas empresas que ya han sido sancionadas por otra conducta, como ocurriría precisamente en el caso de ELECTRÉN (se modula la sanción por la segunda infracción, relativa a las líneas de tren convencional, por haber sido sancionada en la primera, sobre reparto de licitaciones en relación a líneas de AVE).

En relación, como decimos, al cártel de reparto de contratos de construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, y al objeto de aplicar los parámetros del artículo 64 de la LDC, la resolución tiene en cuenta que las empresas participantes en este cártel representan conjuntamente la mayor parte de las principales empresas activas en este mercado en España (art. 64.1.b); que en el mercado afectado (construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad en España), se han acreditado acuerdos de reparto en relación con 24 licitaciones, con un presupuesto total de licitación de 1.108.946.332 euros, siendo el importe de adjudicación de las mismas de 837.836.625 euros (art. 64.2.c); que la conducta ha tenido lugar desde abril de 2008 hasta marzo de 2016 (art.64.1.d), independientemente de la concreta participación de cada empresa; y que *"... los acuerdos objeto de la sanción fueron efectivamente aplicados, habiendo quedado acreditado su seguimiento y ejecución, generando efectos en el mercado afectado (art. 64.1.e) consistentes en la eliminación de la incertidumbre entre las empresas imputadas a la hora de establecer su estrategia comercial, eliminando así gran parte de la competencia en perjuicio de los órganos convocantes de las licitaciones, principalmente ADIF, y obteniendo importes de adjudicación superiores a los que hubiesen obtenido en ausencia del cártel"*.

La resolución hace ver, además, que licitaciones fueron convocadas por operadores públicos, por lo que se habían encarecido los servicios licitados con el consecuente perjuicio para las arcas públicas, debido a la reducción tanto del número de ofertas presentadas como de los descuentos ofertados.

Todo ello lleva a la CNMC a una valoración general de la infracción a los efectos de cuantificar la sanción que determina un tipo sancionador general del 6,0%.

Respecto de la concreta participación de ELECTRÉN, precisa el período de duración de su conducta, Abril 2008 - Marzo 2016, y su volumen de negocios en el mercado afectado, que alcanza 95.228.228 euros, lo que le permite fijar su porcentaje de participación en la infracción en un 9,8%.

Declara que no concurren agravantes ni atenuantes y, llega finalmente a la conclusión de que, sobre la base de un Volumen de negocios total en 2018 de 36.209.176 euros, le resulta aplicable un tipo sancionador del 6,3%, por lo que la sanción a imponer asciende a 2.281.178 euros.

En cuanto al cártel para el reparto de contratos de mantenimiento de sistemas eléctricos en líneas de tren convencional, la sistemática es análoga.

La resolución parte de la duración de la conducta (que ha de verse afectada, insistimos, por lo resuelto en esta sentencia), y del volumen de negocios de ELECTRÉN en el mercado afectado (75.299.713 de euros), lo cual supone un porcentaje de participación de la empresa en el volumen de negocios en el mercado afectado total que asciende al 20,4%.

Tomando en consideración el volumen de negocios total de ELECTRÉN en 2018 (36.209.176 euros), calcula un tipo sancionador del 7%, y modula la sanción bajo el siguiente razonamiento:

*"Teniendo en cuenta lo anterior y con el fin de garantizar el máximo respeto al principio de proporcionalidad, la finalidad disuasoria de las sanciones adicionales correspondientes a las infracciones de menor alcance debe ser modulada. En este caso, las empresas participantes en la infracción que ya han sido sancionadas en esta resolución por la primera conducta son COBRA, CYMI, ELECNOR, ELECTREN, INABENSA, SEMI, SIEMENS, EYM y ALSTOM, por lo que se aplica un ajuste a las sanciones que les corresponderían -de acuerdo con las características de la infracción y su participación en ella- si se considerase esta segunda infracción de forma aislada. Este ajuste consiste en una ponderación de la sanción en función del peso que la segunda infracción tiene respecto de la primera".*

Lo que le lleva a cuantificar la multa en 905.229 euros.

Entiende la Sala que estas pautas interpretativas son, en efecto, consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, sin que en aplicación de la misma la resolución haya incurrido en la falta de motivación o desproporción que denuncia la parte recurrente.

En cuanto a la motivación insuficiente, baste lo que hemos expuesto sobre los parámetros tenidos en cuenta por la CNMC para cuantificar la sanción, que habría fijado sobre la base de graduación que proporcionan los criterios contemplados en el artículo 64.1 de la LDC, además de precisar que la infracción acreditada cometida por la entidad actora es una infracción muy grave prevista en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Hay una referencia expresa a la configuración del mercado afectado de tal modo que las pautas a las que se refiere el Tribunal Supremo - gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, participación en la conducta de las infractoras, ausencia de agravantes o atenuantes, consideración de la cuota en el mercado relevante- llevan a la CNMC a valorar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, lo que denomina la densidad antijurídica de la conducta y a concretar el tipo sancionador que corresponde a cada empresa infractora.

Por tanto, no puede decirse que la determinación de la sanción no resulte motivada, ni se abstraiga de parámetros de proporcionalidad, pues ha de insistirse en que las razones expuestas en la resolución dan cumplida respuesta a la exigencia a que se refiere el Tribunal Supremo siendo así que indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador.

En definitiva, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LJCA al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refieren las empresas demandantes.

**DECIMOSEGUNDO** - No se hace especial imposición de las costas causadas atendido el pronunciamiento parcialmente estimatorio del recurso y teniendo en cuenta lo dispuesto para estos casos en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

1.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez en nombre y representación de **ELECTRÉN, S.A., (ELECTRÉN)** contra la resolución de 14 de marzo de 2019, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÑICAS, mediante la cual se le impusieron dos sanciones de multa por importe de 2.281.178 y 905.229 de euros, respectivamente.

2.- Anular la referida resolución en cuanto a la sanción de multa impuesta a **ELECTRÉN** por la comisión de la infracción de cártel para el reparto de contratos de mantenimiento de sistemas eléctricos en líneas de tren convencional, en los términos que resultan del fundamento de derecho séptimo de esta sentencia, y con los efectos que de ello hayan de seguirse.

Sin hacer expresa imposición de costas.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse



el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ